

## DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESTATAL EN LA TUTELA PENAL DEL AMBIENTE

Norberto De La Mata Barranco

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

### SUMARIO:

#### I. La influencia del Derecho comunitario en el Derecho penal.

##### 1. Ausencia de competencias penales en el ámbito legislativo de la Unión Europea.

2. Naturaleza administrativa de las sanciones previstas en Derecho comunitario para la tutela de intereses propios o compartidos con los Estados.

3. La incidencia directa de la normativa comunitaria en la legislación penal de los Estados miembros.

A. La tutela penal de intereses comunitarios mediante su asimilación a intereses estatales.

B. La armonización de las legislaciones estatales.

C. La incidencia de la normativa comunitaria en la legislación interna de carácter penal, mediante la integración de tipos en blanco.

4. La incidencia indirecta o efecto negativo de la normativa comunitaria no penal en la normativa interna de carácter penal.

A. Eficacia directa y primacía del Derecho comunitario frente al Derecho interno.

B. La no aplicación de una norma penal contraria a la normativa comunitaria.

#### II. El Derecho Penal del medio ambiente.

##### 1. La necesidad de previsiones de carácter penal en la protección del ambiente.

##### 2. Vinculación al Derecho administrativo de la tutela penal.

A. Crítica a una protección penal del ambiente absolutamente desvinculada del Derecho administrativo.

B. Crítica a una protección penal del ambiente absolutamente dependiente del Derecho administrativo.

C. Opción por una protección penal del ambiente vinculada a la tutela administrativa en una relación de dependencia o accesoriedad relativa.

##### 3. La técnica legal a emplear en la construcción de los delitos ambientales.

A. Formas o modelos en el sistema de accesoriedad relativa.

B. Especial referencia a la accesoriedad de derecho y la problemática de las leyes penales en blanco.

##### 4. La tutela prevista en el art. 325 del Código penal vigente.

#### III. La incidencia de la normativa comunitaria en la protección penal del ambiente.

### I. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO PENAL.

#### **1. Ausencia de competencias penales en el ámbito legislativo de la Unión Europea.**

Al analizar la influencia que el Derecho comunitario tiene sobre el Derecho penal del ambiente ay que partir de la carencia de competencias penales en sentido estricto de la Unión europea, esto es, en cuanto a la potestad de crear tipos penales asociando a las conductas prohibidas sanciones de esta naturaleza. Como suele señalarse, de ninguna cláusula de los Tratados constitutivos de las Comunidades puede extraerse otra consecuencia respecto a lo que en Derecho comparado se conoce como Derecho penal en sentido estricto. Ni se ha transferido la potestad legislativa penal a los órganos comunitarios ni se ha limitado, por tanto, la soberanía de los Estados miembros en este ámbito. Por ello, no existe, como tal, un Derecho penal comunitario, en cuanto legislación penal de



carácter unificado emanada de la propia Unión. El Derecho penal sigue siendo hoy una rama del ordenamiento jurídico de exclusiva jurisdicción de cada Estado, tanto en la creación de normas de naturaleza penal como en la imposición de sanciones de esta misma naturaleza. Así lo afirmaba ya en mayo de 1974 el Octavo informe general de la Comisión de las Comunidades sobre la actividad de éstas, al señalar que "el Derecho penal es un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro", lo que explica, como dice FERRE, el escaso interés que la doctrina penal ha mostrado, fundamentalmente en los primeros años de vida de la Comunidad europea, por este tema (Ferré, 1994, 276).

La razón que se ha esgrimido para explicar por qué no se ha creado un Derecho penal supraestatal la encuentra la mayoría de la doctrina precisamente en el hecho de la limitación de soberanía que ello conllevaría, a lo que obviamente, los Estados son reacios. Sin embargo, junto a esta razón, autores como SGUBBI, descartando una sobrevaloración de esta idea, han apuntado otras causas, como él señala, del "subempleo del Derecho penal en el ordenamiento comunitario", entre las que destaca la tipología de materias objeto del Derecho penal comunitario y la tipología de sus destinatarios (Sgubbi, 1996, 96).

Sí se han expuesto en la doctrina argumentos que pretenden deducir de la propia normativa comunitaria la posibilidad de crear un sistema penal comunitario. En este sentido, se señala que el art. 172 y, en particular, el art. 235 del Tratado de la Comunidad europea, tras la reforma operada por el Tratado de Maastricht, ofrecen apoyo jurídico para ello, al conferir al Consejo la facultad de adoptar las disposiciones pertinentes para lograr el funcionamiento del mercado común, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo (Cuerda/Ruiz, 1989, 361). Estamos, sin embargo, ante una postura minoritaria y fuertemente contestada. No pueden ignorarse las grandes dificultades existentes para culminar esta idea, como señala MATEOS, citando a PAGLIARO, partiendo de los numerosos obstáculos que las divergencias entre los sistemas penales de los Estados miembros plantean: así, en cuanto concierne al principio de legalidad, la validez de la ley penal en el espacio, la relevancia del error de derecho, la elección de las penas a imponer, los diversos contenidos de los tipos penales, etc. (Mateos, 1995, 941). Al margen de otros obstáculos, como la propia diferencia de sistemas jurídicos, continental y sajón, o la ausencia de legitimidad democrática de las instituciones comunitarias, tal posibilidad se muestra como una utopía política y hoy por hoy, con la doctrina mayoritaria, entiendo que absolutamente incompatible con la reserva de ley en materia penal. No se ha producido esa transferencia expresa de competencias penales en favor de la Unión en la firma de los Tratados comunitarios y aceptar que ésta, mediante actuación de sus diferentes órganos, pueda legislar penalmente -sin un Parlamento con funciones genuinamente legislativas (Ferré, 1994, 281)-, en el actual desarrollo de la Unión, y salvo reforma de los Tratados fundacionales, es una posibilidad que ha de excluirse.

## ***2. Naturaleza administrativa de las sanciones previstas en Derecho comunitario para la tutela de intereses propios o compartidos con los Estados.***

El Derecho comunitario sí cuenta con una serie de instrumentos de carácter sancionador, pertenecientes a lo que se conoce como Derecho penal en sentido amplio, Derecho penal administrativo o, más acertadamente, Derecho administrativo sancionador, en el ámbito de concretas materias. Estamos ante conminaciones para el cumplimiento de las reglas imperativas en que se manifiesta la disciplina normativa de la política comunitaria, prioritariamente en el ámbito estrictamente económico.

En concreto, en el Tratado constitutivo de la CECA, los arts. 54 pfo. 6º, 58.4, 59.7, 64, 65.5 y 66.6 atribuyen a la Comisión la facultad de imponer sanciones pecuniarias, a las que denomina multas, en determinados supuestos. También el Tratado constitutivo de la CE en su art. 79.3 pfo. 2 permite al Consejo adoptar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en su apartado 1º, habilitación en base a la cual se adoptó, por ejemplo, el Reglamento 11/1960 CE, en cuyos arts. 17 y 18 se prevén determinadas multas. Y en este mismo Tratado, el art. 87.2 a) garantiza la observancia de las prohibiciones mencionadas en los arts. 85.1 y 86 mediante el establecimiento, en los reglamentos o las directivas adoptados por el Consejo, de multas y multas coercitivas, también habilitación genérica que permitió al Reglamento 17/1962 CE prever multas de diversa clase en su art. 15.1 y 2.

Pero la naturaleza administrativa y no penal de estas sanciones pecuniarias la ponen de relieve

explícitamente, por ejemplo, los propios Reglamentos 11/1960 y 17/1962 aludidos. Ello es obvio, de entrada, y como se señalaba con anterioridad, pues la Unión no dispone de competencias penales (Vervaele, 1993, 175). Pero es que, además, las multas las impone una autoridad administrativa -la propia Comisión-, no existe la figura de la privación de libertad por impago, pueden aplicarse a personas jurídicas y no generan antecedentes penales. Por ello, ya sea por ficción o por sus características, interesa destacar su naturaleza no penal, al igual que ocurre con el resto de sanciones de otra índole aplicadas en el seno de los ordenamientos internos a instancias comunitarias (por ejemplo, la pérdida total de ayudas que prevé el art 9.1 del Reglamento 714/1989 CE) (Mateos, 1995, 943) o impuestas por la propia Comisión (art. 83 del Tratado constitutivo de la CEEA).

### ***3. La incidencia directa de la normativa comunitaria en la legislación penal de los Estados miembros.***

La inexistencia de un Derecho comunitario específicamente penal no obsta para que la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos penales de los Estados miembros se manifieste en diferentes vertientes.

A ello no es ajena la propia evolución sufrida por las Comunidades, y hasta el surgimiento de la Unión Europea, en la que se constata la asunción de un mayor nivel competencial. En primer lugar, por la existencia de bienes jurídicos genuinamente comunitarios -supraestatales-, en cuya tutela penal están necesariamente interesadas las instituciones comunitarias, bien directamente en caso de que ello fuera posible, bien a través de las legislaciones estatales; pero también porque, como se ha venido poniendo de relieve, es preciso garantizar más allá de los meros controles internos bienes jurídicos que, ya tutelados por los Estados miembros, como puede ser el caso del medio ambiente, de alguna forma afectan a la consecución de los objetivos comunitarios. Ello se ha traducido, por una parte, en una más intensa actividad normativa directa en materia sancionadora (Mateos, 1995, 939), pero también en un interés por exigir una tutela penal directa de determinados bienes jurídicos, manifestada en la asimilación o integración de bienes comunitarios en los ordenamientos internos y en la armonización de éstos, ya sea a través de reformas de los Tratados fundacionales ya mediante instrumentos de Derecho comunitario derivado (directivas y reglamentos).

En este sentido, pero sólo en él, puede aceptarse la alusión a una competencia compartida e indirecta entre los órganos comunitarios y los órganos legislativos de los Estados miembros en materias de carácter comunitario, al fijarse unas líneas de actuación que -dentro del respeto al principio de legalidad en sus diversas expresiones- habrá de atender la normativa penal interna de cada Estado (Cuerda/Ruiz, 1989, 360).

Por otra parte, las disposiciones de los Tratados y el Derecho derivado han generado una normativa amplia y compleja, que en base a su primacía y aplicabilidad directa pasa a formar parte de los ordenamientos internos, obviamente en aquellos campos en los que existe competencia comunitaria. Así, particularmente en el ámbito de lo que se conoce como Derecho penal económico en sentido amplio -directamente vinculado con la regulación administrativa-, se favorece la incidencia de la normativa comunitaria sobre las normas de este ámbito penal, ya sea porque abiertamente se muestre una contradicción entre unas y otras que habrá de conducir a la no aplicación o reducción del ámbito de prohibición de la norma interna -lo que se viene conociendo como integración negativa-, ya porque la norma comunitaria pase a formar parte directamente del precepto penal cuando la legislación interna opte por la técnica de la ley en blanco (Mateos, 1995, 940). En este sentido, señala TIEDEMANN, entre otros, que la carencia de competencia comunitaria para adoptar "directivas penales" no se refiere al Derecho penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales (Tiedemann, 1994, 242), afirmación que hay que matizar. Existe ausencia de competencia para imponer sanciones pero también para crear tipos penales, al menos autónomamente y desde una perspectiva formal, tanto respecto a materias en absoluto competencia de la Unión como respecto a materias que sí entran en su ámbito competencial pero no desde la vertiente penal.

Sí es cierto, en todo caso, que cuando se rechaza la existencia de un Derecho penal comunitario se está aludiendo más a la posibilidad de creación autónoma de delitos y penas, configuración de órganos jurisdiccionales penales, etc., que a la de influir directa o indirectamente en los Derechos penales internos. Por ello, el debate se encuentra ya reconducido por doctrina y jurisprudencia y, manteniendo como utopía la posibilidad de creación de un auténtico Derecho penal comunitario, los

análisis se centran hoy en precisar los mecanismos mediante los que puede obligarse a los Estados a tutelar los bienes comunitarios (Nieto, 1996, 243) o mediante los que de hecho se está interfiriendo positivamente en dicha tutela.

#### *A. La tutela penal de intereses comunitarios mediante su asimilación a intereses estatales.*

Además de la protección de los intereses comunitarios por disposiciones de los propios órganos de la Unión, en su caso con previsión de sanciones de naturaleza administrativa, en determinados supuestos entran en juego para proteger dichos intereses los ordenamientos penales internos, mediante el reenvío expreso que hace a ellos una norma comunitaria contenida en los Tratados. Es lo que se conoce como técnica o principio de asimilación, mediante el cual una norma comunitaria prevé que los preceptos penales de los Estados miembros protectores de determinados intereses estatales se apliquen igualmente a la tutela de los correspondientes intereses de la Comunidad.

Estamos ante supuestos muy puntuales, que carecen de autonomía estructural, al adoptar la técnica de la remisión (Sgubbi, 1996, 107). Es la técnica que se adopta en el art. 194.1 del Tratado constitutivo de la CEEA, para garantizar la protección de secretos conocidos por razón del cargo o de las relaciones entabladas con la Comunidad, y en los arts. 27 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CE, 28 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEEA, 28 pfo. 4º del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CECA, 5 del Reglamento nº 28 de 1962 del Consejo de la CE y 5 del Reglamento nº 188 de 1964 de la CE, para garantizar la veracidad de las declaraciones de testigos y expertos ante los diferentes Tribunales.

Las disposiciones comunitarias, mediante un reenvío expreso, asumen un carácter incriminador - respetuoso con el principio de legalidad, si se insertan en los Tratados originarios- obligando a los Estados miembros a garantizar la tutela de los intereses descritos como si de los correspondientes intereses internos se tratase. Esto es, la revelación de secretos en el ámbito de funcionamiento de la CEEA, por ejemplo, merecerá idéntico tratamiento punitivo que la revelación de secretos en el ámbito de las Administraciones estatales o la Seguridad del Estado. Se tutelan de este modo determinados bienes jurídicos comunitarios con la misma garantía que los bienes internos.

Suele señalarse que es ésta una de las pocas manifestaciones, si no la única, del Derecho comunitario de carácter punitivo, olvidando, sin embargo, que a pesar de la contundente declaración de los preceptos comunitarios, sigue siendo necesaria una previsión penal interna que condiciona la tutela de los intereses comunitarios.

Al margen de estos supuestos puntuales de remisión explícita sigue abierto el debate sobre si los Estados miembros, cuando no existe normativa comunitaria explícita, están obligados o no a establecer tipos penales destinados expresamente a proteger intereses comunitarios o a aplicar para garantizar esta protección los tipos penales previstos para tutelar intereses estatales, hipótesis que facilita, como destaca MATEOS, la coincidencia entre algunos intereses de la Unión y los que tutelan los ordenamientos penales internos (Mateos 1995, 945).

Cuando tales preceptos penales no existan o no puedan aplicarse sin una interpretación analógica contraria al Derecho penal, la discusión sobre la posibilidad de su creación se ha centrado fundamentalmente en la interpretación del art. 5 pfo. 1º del Tratado de la CE, de similar redacción a los arts. 86 pfo. 1º del Tratado de la CECA y 192 pfo. 1º del Tratado de la CEEA.

El art. 5 del Tratado de la CE obliga a los Estados miembros a adoptar "todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad", surgiendo la discusión sobre si entre estas medidas apropiadas pueden incluirse las de carácter penal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad europea ya estableció en la sentencia dictada en el asunto "Amsterdam Bulb", nº 50/76, de 2 de febrero de 1977, el criterio de que el art. 5 permite a los Estados miembros la elección de las medidas a adoptar para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones comunitarias, siendo dicha adopción facultativa y no obligatoria para los Estados miembros. Posteriormente, sin embargo, este criterio fue matizado por la sentencia sobre el asunto "Von Colson y Kamann", nº 14/83, de 10 de abril de 1984, según la cual la sanción que se adopte tiene que garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y eficaz y tener un efecto disuasorio real. Más contundente ha sido la posición del Tribunal en el caso "Comision contra Grecia", nº 68/88, de 21 de septiembre de 1989, relativo al asunto conocido como escándalo del maíz griego, al señalar que las sanciones de los Estados frente a las violaciones al Derecho comunitario han

de ser material y procesalmente análogas a las previstas para infracciones estatales de índole e importancia similares. Pero no es sino hasta el asunto "Zwartveld", nº 2/88, de 13 de julio de 1990, cuando expresamente en un caso de asistencia judicial señala el Tribunal que los Estados deben incluir entre las medidas a adoptar para proteger bienes comunitarios, la vía penal, en base al art. 5 y el principio de cooperación leal en él contenido. Reiteradamente, no obstante, y así de nuevo en relación con el asunto "Vandevenne", nº 7/90, de 2 de octubre de 1991, el Tribunal ha resuelto que el art. 5 no puede obligar a un miembro a introducir en su Derecho un régimen penal específico, como, por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es un debate todavía abierto, sin que exista unanimidad sobre las sanciones que los Estados deben introducir en sus legislaciones para cumplir el mandato del art. 5. Pero lo que no parece es que este artículo obligue a legislar penalmente, aun cuando de las sentencias del Tribunal pueda desprenderse la necesidad de prever sanciones equivalentes a las que se adopten para garantizar intereses estatales (Vercher, 1989, 760).

Con todo, las autoridades comunitarias siguen expresando su deseo de encontrar mecanismos para obligar al legislador estatal a proteger determinados intereses que las Comunidades consideran imprescindibles para la consecución de sus objetivos, particularmente en el ámbito de la actuación financiera de la Unión (Nieto, 1995, 143). En este marco hay que encuadrar el nuevo art. 209 A del Tratado de la Comunidad europea, en base al cual, por ejemplo, el legislador español ha equiparado los fondos y presupuestos comunitarios a los del Estado en los arts. 305.3, 306 y 309 del nuevo Código penal, al tipificar los delitos contra la Hacienda pública.

Este mecanismo, factible y jurídicamente viable, siempre que la normativa comunitaria se incorpore al Derecho originario, como en el caso del art. 209 A, o se establezca mediante la firma de Tratados específicos, plantea el inconveniente -al igual que los anteriormente citados arts. 194.1 del Tratado CEEA, etc.- de la falta de uniformidad de las legislaciones estatales, lo que conduce a una protección territorialmente diversa de los intereses comunitarios. En este sentido, entre otros, SGUBBI subraya que se corre el peligro de una gran disparidad de tratamiento entre los ordenamientos de los Estados miembros, en antítesis con el principio de igualdad y las normas de los Tratados que sancionan la prohibición de discriminación (Sgubbi, 1996, 114). Sin embargo, es el único mecanismo para salvar las objeciones planteadas desde la perspectiva del principio de legalidad.

De hecho tal principio resultará afectado cuando la técnica de la asimilación pretenda vehicularse a través de reglamentos comunitarios, pues en tales supuestos la punibilidad de un determinado comportamiento se fundamenta en actos normativos adoptados por un Consejo carente de legitimidad democrática (Mateos, 1995, 844). Ello ocurrirá en aquellos casos en que el reglamento remita para la sanción del quebrantamiento a lo en él dispuesto a un tipo penal estatal, con una cláusula de asimilación, exija del legislador la creación de determinadas sanciones o acoja una redacción en la que invocando la interpretación jurisprudencial del art. 5 del Tratado de la CE obligue a las sanciones procedentes (Nieto, 1996, 327).

#### *B. La armonización de las legislaciones estatales.*

Estas objeciones, entre otras razones, han motivado que a pesar de una Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE cada vez más exigente con los Estados miembros en orden a garantizar de la forma más eficaz posible los intereses comunitarios -incluso recurriendo a la intervención penal-, las instituciones comunitarias sigan siendo bastante cautas en su intervención, dejando que sean los Estados quienes elijan las sanciones a aplicar.

Por otra parte, y para evitar la ausencia de uniformidad en la tutela que se prevea -ya mediante nuevos preceptos, ya con la aplicación de preceptos previstos para garantizar intereses internos-, las instituciones comunitarias vienen optando por utilizar el Derecho derivado y, más concretamente, las directivas, para armonizar los sistemas penales internos de todos los Estados en la protección de los intereses comunitarios.

La técnica de la armonización consiste en imponer a los Estados miembros la obligación de que protejan de manera homogénea, y en su caso con sanciones penales, determinados intereses. Este proceso, en principio, puede desarrollarse mediante directivas o reglamentos. Señala NIETO que cuando se recurre a normas que autorizan la armonización con carácter general se utilizan directivas, en tanto que si la armonización se fundamenta en normas de autorización particular se acude a los

reglamentos. Los Estados, asumiendo el enunciado general de la directiva o del reglamento, se obligan a legislar, tipificando y penalizando, en su caso, las infracciones a los intereses comunitarios que pretenden salvaguardarse con esos instrumentos de Derecho derivado. Ahora bien, cuando el instrumento a utilizar -no ya a efectos de asimilación- es el reglamento, su naturaleza jurídica habrá de equipararse a la de una directiva, no pudiendo gozar de efecto directo y siendo necesaria una intervención del legislador estatal (Nieto, 1996, 353).

El fundamento para admitir esta técnica pasa, en primer lugar, por aceptar el apoyo jurídico que otorga el art. 5 del Tratado de la CE y la interpretación que de él viene realizando el Tribunal de Justicia, en cuanto a la posibilidad de hacer intervenir penalmente al Derecho interno para garantizar intereses supraestatales. Al margen de ello, la necesidad de armonización encuentra acomodo normativo directo en el art. 100 del mismo Tratado, en relación con los arts. 100 A, 100 B, 101 pfo. 2., 102 y 235. Señala NIETO que cuando el instrumento sea un reglamento, la fundamentación habrá que buscarla en una norma de autorización singular (Nieto, 1996, 354).

Suele indicarse que la principal diferencia con el sistema de asimilación radica en el hecho de que mediante esta técnica debe existir una actividad normativa estatal; ello no es totalmente cierto, sin embargo, como antes se apuntaba, pues dicha actividad también debe producirse en aquel sistema cuando a pesar de la remisión no exista normativa estatal alguna a la que asimilar la protección de intereses comunitarios o cuando el proceso de asimilación pretenda llevarse a cabo por medio de reglamentos. Sí es cierto que el hecho de que en estos casos se requiera una disposición estatal que cumplimente lo dispuesto en el instrumento comunitario solventa en cierta medida los problemas relativos al principio de reserva de ley en materia penal (Mateos, 1995, 947). Sin embargo, un absoluto respeto del mismo exigiría la armonización mediante Tratado, con una intervención previa del legislador interno, que en otro caso -actuando por el mandato del Derecho derivado- se ve compelido a legislar penalmente por una decisión comunitaria en la que no participa, lo que sí entiendo, con FERRE, choca con el principio de legalidad (Ferré, 1994, 282), desde una perspectiva material. Este es el motivo por el que si bien en el plano legislativo se han producido distintos intentos de imponer el recurso al Derecho penal por parte del Derecho comunitario derivado, haya existido una resistencia de los Estados, que ha conducido a incorporar a las directivas o reglamentos una fórmula neutral del tipo "los Estados adoptarán las medidas adecuadas", "todas las medidas legislativas y administrativas procedentes", etc.

Los mejores ejemplos del empleo de esta técnica de armonización, en el ámbito penal, son la Directiva 592/89/CE de 13 de noviembre de 1989 relativa a la realización de operaciones con información privilegiada y la Directiva 308/91/CE de 10 de junio de 1991 sobre el blanqueo de capitales. En ambas se describen una serie de conductas típicas desde la idea del mínimo que han de asumir los Estados miembros, mínimo que sirve de base en el Código penal español para tipificar los delitos de información privilegiada y blanqueo de capitales en los arts. 285 y 442 y 301 ss., respectivamente.

Es evidente que esta técnica ofrece más ventajas que la asimilación en cuanto se asegura un tratamiento punitivo más homogéneo entre los diferentes Estados, si bien, y al mismo tiempo, esa uniformidad puede quebrar la propia congruencia interna de cada ordenamiento. De ahí que se considere necesario observar una armonización al mínimo indispensable, dando libertad al legislativo estatal para decidir la naturaleza de la sanción a imponer, supuesto en el cual sí se respetaría el principio de legalidad en todo su contenido y no desde una perspectiva meramente formal. En este sentido, de nuevo subraya NIETO que sólo es posible armonizar los tipos delictivos cuya homogeneidad en los Estados miembros resulte indispensable para el funcionamiento del mercado común y en el grado que resulte necesario, sin que, por otra parte la armonización pueda extenderse a la naturaleza de la sanción (Nieto 1996, 359).

Por otra parte, es cierto, y aunque luego habrá que matizar esta afirmación, que en el caso de la directiva, al no ser ésta autoejecutiva, dicha uniformidad no se logra cuando los Estados la ignoran total o parcialmente (Sgubbi, 1996, 116). Y, en este sentido, aunque se le otorgara carácter ejecutivo sin desarrollo legal interno -por ser, como luego se verá, suficientemente precisa e incondicionada- su aplicación en el ámbito penal sin trasposición chocaría con el principio de legalidad (Mateos, 1995, 947). De este modo, sólo cuando el legislador estatal actúe libremente al desarrollar la directiva queda salvaguardado íntegramente este principio. Y, en todo caso, obviamente más respetuosa con él será la vía del acuerdo intergubernamental que permita la elaboración de Tratados.

*C. La incidencia de la normativa comunitaria en la legislación interna de carácter penal, mediante la integración de tipos en blanco.*

También se presenta como forma de incidencia positiva del Derecho comunitario en el Derecho penal interno la integración con la normativa comunitaria de carácter no penal de los tipos penales estatales configurados en blanco, técnica en cierta medida semejante a la de la asimilación, pero por vía indirecta, y frecuente para sancionar la violación de reglamentos comunitarios (Nieto, 1996, 328). A este respecto, las dificultades para aceptar la técnica de la asimilación acudiendo al Derecho derivado se obvian mediante la utilización de normas penales en blanco (Carnevali, 1997, 690). Siempre que el legislador estatal opte por tipificar un delito a través de la técnica de la remisión a normas de carácter no penal, puede ocurrir que estas normas provengan del ordenamiento comunitario; así ocurrirá cuando la Unión tenga competencia y poder normativo sobre la materia a la que directamente afecte el precepto penal.

Como en casos anteriores, también de esta técnica se ha señalado que entra en conflicto con el principio de legalidad, en cuanto sólo al Estado corresponde determinar las conductas merecedoras de sanción penal (Mateos, 1995, 959). Sin embargo, si éste opta por la técnica de la norma en blanco, que obliga a acudir a la normativa extrapenal para completar el contenido de injusto del precepto, y la normativa comunitaria ha pasado a formar parte de la legislación interna, dicho conflicto sólo podrá entenderse presente en los mismos términos en que se plantea en general en relación con la propia institución de la ley penal en blanco en sentido estricto. Así, desde el punto de vista de su fundamento democrático es indiferente que la norma de complemento, elaborada sin la intervención de los representantes de la soberanía popular, provenga del ordenamiento interno o del ordenamiento supraestatal (Nieto, 1995, 603). Y, por otra parte, lo que evidentemente no podrá ni el reglamento comunitario ni la directiva adaptada es variar el contenido de injusto del precepto penal, regulando aspectos esenciales del tipo y ampliando un objeto de prohibición que ha de estar perfectamente delimitado en éste.

Podrá ocurrir, como señala MATEOS, que la disposición comunitaria integradora regule una materia sobre la que no exista ninguna normativa estatal, aunque lo habitual será que la norma comunitaria venga a sustituir a la norma interna preexistente, hipótesis que no plantea ningún problema específico a partir de la primacía del Derecho comunitario, siempre que dicha norma esté dotada de eficacia directa (Mateos, 1995, 959). Se podrá producir entonces una integración de la norma penal mediante aquellos instrumentos comunitarios dotados de esta aplicabilidad o eficacia directa. En primer lugar, tratados y reglamentos. Y en segundo lugar, directivas incorporadas al ordenamiento interno mediante su trasposición desarrollada o directivas no traspuestas pero dotadas de eficacia directa vertical; a ello se aludirá posteriormente. El hecho de que en la mayoría de los casos el legislador estatal haya intervenido en el desarrollo y adecuación de la normativa comunitaria, creando Derecho genuinamente interno, es lo que impide percibir con frecuencia la influencia del Derecho comunitario en la regulación penal de cada Estado (Sieber, 1995, 606).

La posibilidad de integración puede realizarse mediante una remisión dinámica, dejando el legislador en manos de la instancia no penal la determinación completa del tipo penal. Es la técnica imperante, criticada por la doctrina por entenderse que además de que se opone a los postulados de determinación, resta eficacia a la normativa comunitaria, por el difícil acceso a una legislación compleja, variable y dispersa, lo que favorece la invocación del error de prohibición (Nieto, 1996, 332). Frente a ella, sin embargo, la solución de la remisión estática -por la que el legislador penal precisa la normativa extrapenal que completa el precepto- entiendo difícil de llevar a la práctica pues obligaría a una labor hartamente compleja de coordinación legal y a una continua reforma de la normativa penal para adaptarla a la constante evolución de la normativa extrapenal, en este caso, de origen comunitario. Por último, la posibilidad de remisiones inversas, desde la estricta vertiente de la asimilación, y fundamentada en el art. 5 del Tratado de la CE, en mi opinión -al menos en cuanto se refiere a los reglamentos comunitarios y a las directivas no traspuestas con efecto directo- es claramente lesiva del principio de legalidad.

A algunas de estas cuestiones me referiré con posterioridad al abordar de forma específica la influencia de la normativa comunitaria en el Derecho penal ambiental, configurado en el ordenamiento español, como se verá, mediante esta técnica de la ley en blanco. Antes, sin embargo, es necesario analizar un segundo tipo de efecto del Derecho comunitario, que ha condicionado la no aplicación de concretos preceptos penales, pero que explica también el verdadero alcance de la

integración positiva en esta asimilación mediante el recurso a las leyes en blanco.

#### ***4. La incidencia indirecta o efecto negativo de la normativa comunitaria no penal en la normativa interna de carácter penal.***

La influencia del Derecho comunitario sobre las leyes penales internas, al margen de la asunción directa por el legislador estatal de la protección de bienes jurídicos comunitarios, tiene su origen en dos principios básicos que ha ido delimitando la Jurisprudencia del Tribunal de la CE y que la doctrina viene definiendo como los dos pilares que sostienen el ordenamiento jurídico comunitario: el efecto directo y la primacía de la normativa comunitaria.

En este sentido, y como se adelantaba al inicio de esta exposición, los autores vienen insistiendo en que si bien los órganos comunitarios carecen de competencias para crear un Derecho penal uniforme para todos los Estados miembros, dada la ausencia de legitimación en los Tratados fundacionales, el Derecho comunitario incide negativamente en la legislación penal estatal -entendiendo que también positivamente-, en base precisamente a aquellos dos principios (Cuerda, 1995, 625).

##### ***A. Eficacia directa y primacía del Derecho comunitario frente al Derecho interno.***

La primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno implica que todas las normas comunitarias dotadas de efecto directo, pertenezcan al Derecho originario o al Derecho derivado, prevalecen sobre las normas estatales, tanto si son posteriores como anteriores a éstas, y cualquiera que sea el rango de unas y otras. Es un principio cuyo fundamento se encuentra en la autonomía del ordenamiento comunitario (Mateos, 1995, 953) y, de forma particular, en el art. 5 pfo. 2º del Tratado de la CE, para cuyo reconocimiento fue fundamental la sentencia del Tribunal de Justicia de la CE sobre el asunto "Simmenthal", nº 106/77, de 9 de marzo de 1978 y, posteriormente, entre otras, las sentencias sobre los asuntos "Ratti", nº 148/78, de 5 de abril de 1979 y "Marshall", nº 152/84, de 26 de febrero de 1986. Este efecto de primacía se produce también frente a las normas estatales de carácter penal, aun cuando la Unión no tenga competencia en este ámbito, siempre que la norma comunitaria afecte a una materia sobre la que sí existe competencia comunitaria y a ella se refiera también la norma estatal. En ese caso la norma comunitaria impedirá la aplicación de la norma penal, siempre, ha de insistirse en ello, que tenga efecto directo.

En cuanto al efecto directo de las normas comunitarias, implica que éstas son aplicables desde su publicación, sin necesidad de exigir para ello la creación de disposiciones estatales que las incorporen, transformen o desarrollen en normas internas, generando derechos y obligaciones para sus destinatarios, Estados o particulares, en las relaciones que afecten al Derecho comunitario, con posibilidad de ser invocadas ante los tribunales ordinarios. Y como se viene afirmando ya desde la sentencia sobre el asunto "Sail", nº 82/71, de 21 de marzo de 1972, no puede hacerse ninguna distinción en razón al carácter penal o no del procedimiento estatal en el que pretenda invocarse dicha efectividad: "la eficacia del Derecho comunitario no puede variar según los diversos sectores del derecho nacional en los cuales éste pueda desplegar sus efectos".

El principio de eficacia directa debe su vigencia a la elaboración del Tribunal de Justicia de la CE, iniciada e ininterrumpida desde la sentencia recaída sobre el asunto "Van Gend en Loos", nº 26/62, de 5 de febrero de 1963, en defensa de este principio.

Ahora bien, no todas las normas comunitarias gozan de eficacia directa. Es necesario su condición de "autoejecutivas", esto es, que establezcan obligaciones claras y precisas de hacer o no hacer, sin condiciones ni plazos para su ejecución, y que sean jurídicamente completas, sin que exista un poder discrecional de los Estados para dictar medidas en aras a su ejecución.

Por lo que se refiere a las normas contenidas en los Tratados, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal analizando diferentes preceptos, siendo significativa la sentencia citada sobre el asunto "Van Gend en Loos". Como en ella se destaca, en el pacto de constitución de las Comunidades, o en el de adhesión a ellas, los Estados efectuaron una cesión de competencias en favor de un nuevo ordenamiento, cuyos principios y ámbitos objetivos de regulación no pueden ignorar ni contravenir. En el Derecho originario de los Tratados existen normas que se atribuyen expresamente este efecto directo; otras, por el contrario, gozan de esa naturaleza, aunque no se la atribuyan expresamente, pues una de sus características es, precisamente, la de no necesitar un desarrollo complementario. Lo importante, en este sentido, no es que el propio Tratado considere una norma como susceptible de invocación directa, sino que dicha norma reúna aquellas características de claridad, incondicionalidad



y plenitud señaladas. En todo caso, habrá que estar al contenido de la norma que pretende aplicarse para determinar o no su aplicabilidad directa (Cuerda/Ruiz, 1989, 351).

En cuanto a las normas de Derecho derivado, ha de aludirse a la distinción que establece el art. 189 del Tratado CE entre reglamentos, decisiones, recomendaciones, dictámenes y directivas.

En cuanto a los reglamentos, el propio art. 189 pfo. 2º señala que son obligatorios, tienen alcance general y son aplicables directamente en los Estados miembros. Como se indica en el art. 191.2 del mismo texto, se publicarán en el Diario Oficial de la Comunidad y entrarán en vigor en la fecha que ellos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación. Estamos ante un instrumento, utilizado especialmente en cuestiones administrativas y financieras de la Comunidad, cuyo efecto directo no plantea ningún problema por la propia previsión que del mismo realiza el art. 189. Significativa a este respecto fue la sentencia recaída en el asunto "Comisión contra Italia", nº 39/72, de 7 de febrero de 1973. Tampoco plantea mayor problema la aplicabilidad directa de las decisiones -que afectan a la aplicación de los tratados o a cuestiones procedimentales-, caracterizadas, como el mismo art. 189 pfo. 4º del Tratado indica, por ser obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios específicos. En cambio, respecto a las recomendaciones y los dictámenes, el propio art. 189 pfo. 5º señala que no tienen fuerza vinculante alguna.

En lo que concierne a las directivas, el art. 189 pfo. 3º, establece que obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades estatales, la elección de la forma y de los medios. A partir de esta configuración, la doctrina viene destacando en las directivas tres rasgos particulares: la obligación de resultado que imponen a los Estados miembros, la intervención normativa de éstos para su trasposición y la necesidad de su notificación cuando los destinatarios no sean todos ellos (Vercher, 1989, 750). De estas características se deduce la dificultad de su aplicabilidad directa, puesto que, en principio, a los ciudadanos sólo les deberían afectar las disposiciones estatales que desarrollan la directiva.

El Tribunal de Justicia de la CE ha elaborado una doctrina, sin embargo, que ha ido extendiendo el efecto directo de la normativa comunitaria también a las directivas, iniciando indirectamente su construcción con las sentencias sobre el asunto "Grad", nº 9/70, de 6 de octubre de 1970, y "Sace", nº 33/70, de 17 de diciembre de 1970. Lo que se pretende es conseguir la obtención directa e inmediata del resultado buscado por la directiva en los supuestos en que existe reticencia o retardo a la hora de su trasposición al Derecho estatal o cuando el Estado no haya efectuado dicha trasposición correctamente (Vercher, 1995, 2).

Con la sentencia sobre el asunto "Van Duyn", nº 41/74, de 4 de diciembre de 1974, se reconoce expresamente el efecto directo vertical de las directivas. En este sentido, los particulares se convierten en destinatarios extraordinarios de éstas, si bien únicamente en litigios planteados frente al Estado, destinatario de las mismas. Para ello se requiere que no se haya traspuesto la directiva en el plazo fijado. El Tribunal entendió que rechazar el efecto directo implicaría no reconocer el carácter obligatorio de las directivas, favoreciendo la actuación del Estado incumplidor con la obligación impuesta por el art. 189 pfo. 3º. Con rotundidad se consolida esta tesis en la sentencia sobre el asunto "Becker", nº 8/81, de 19 de enero de 1982. Siempre, como ya antes se señalaba, que las disposiciones de la directiva resulten claras, precisas e incondicionales.

Ahora bien, el Tribunal, con la importante sentencia citada sobre el asunto "Marshall", insistió en aceptar esa tesis sólo para conflictos suscitados entre el Estado y los particulares y siempre en favor de éstos, pero no en los litigios que pudieran presentarse entre particulares: es lo que se conoce como la negativa a aceptar el efecto directo horizontal de las directivas. La razón de ello estriba en que del incumplimiento de trasposición por parte del Estado sólo pueden surgir obligaciones a cargo de éste, pero no de los particulares, ni en sus relaciones entre sí, ni en sus relaciones con el propio Estado (Mateos, 1995, 951). Derivada de la anterior, fue también significativa la sentencia sobre el asunto "Pretore di Salò", nº 14/86, de 11 de junio de 1987, donde se establece, citando aquélla, "que una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de los particulares y que lo dispuesto en una directiva no puede ser invocado como tal contra dicha persona. De una directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares ni, con mayor razón, frente al mismo Estado". En esta sentencia, que afecta a la tutela del ambiente, el Tribunal trató dos cuestiones prejudiciales, planteadas en el marco de un procedimiento penal en relación con la interpretación de la Directiva 78/659 de la CE relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los

peces, llegando a la conclusión a partir de la tesis mantenida en el asunto "Marshall", que la directiva no incorporada no puede determinar o agravar la responsabilidad penal de los que infringen sus disposiciones, por la manifiesta incoherencia estatal que pretende fundamentar una responsabilidad penal en la propia actuación incorrecta.

Ahora bien, para asegurar la aplicabilidad de las directivas no debidamente incorporadas se produjo un nuevo desarrollo jurisprudencial, sin rechazar la prohibición del efecto directo horizontal, a través de la doctrina del efecto indirecto de las directivas. A este respecto hay que citar de nuevo la sentencia sobre el asunto "Von Colson y Kamann", en la que se establece la obligación de los tribunales estatales de interpretar la normativa interna a la luz de las directivas europeas, tesis concretada en la sentencia sobre el asunto "Kolpinghuis Nijmegen", nº 80/86, de 8 de octubre de 1987, al afirmarse, en primer lugar, que, no obstante, dicho efecto indirecto no puede dar lugar a una interpretación contraria a las leyes estatales y, en segundo lugar, que el efecto indirecto será aplicable con independencia de que no haya prescrito todavía el plazo de trasposición de la directiva.

Un ulterior paso se dio, finalmente, con la sentencia sobre el asunto "Marleasing", nº 106/89, de 13 de noviembre de 1990, que, sin admitir el efecto horizontal, determina que las lagunas legales del ordenamiento interno han de colmarse, en interpretación conforme con el Derecho comunitario, también en litigios entre particulares (Mateos, 1995, 952).

En definitiva, las directivas tendrán efecto en la normativa estatal cuando hayan sido incorporadas al ordenamiento interno. En caso de que dicha incorporación no se haya producido o bien se haya hecho de forma deficiente, si recogen disposiciones claras, precisas e incondicionadas permitirán al particular alegarlas frente al Estado. No se admite ni el efecto vertical inverso ni el efecto horizontal. Y únicamente tendrán incidencia mediante la posibilidad de interpretar las leyes internas en función de su contenido, cuando, en el ámbito penal, ello no implique una analogía contraria al procesado, que fundamente o agrave su responsabilidad.

#### *B. La no aplicación de una norma penal contraria a la normativa comunitaria.*

Teniendo en cuenta los principios de primacía y eficacia directa, y en ámbitos en los que el legislador comunitario sea competente, es evidente entonces que no es posible crear normativa interna contraria a la normativa comunitaria. En este sentido, como señala CUERDA refiriéndose al ámbito penal, el legislador estatal no es libre para elegir las conductas que desea incriminar (Cuerda, 1995, 626) y en caso de que, no obstante, cree o haya creado normas penales que entren en contradicción con el Derecho comunitario habrá que aplicar los mecanismos jurídicos pertinentes para su derogación total o parcial.

Ahora bien, cuando en los ordenamientos internos exista esa normativa contradictoria con la generada por los órganos comunitarios, dotada ésta de eficacia directa, serán los tribunales estatales los que habrán de resolver la contradicción, dejando de aplicar total o parcialmente, o reinterpretando en su caso, la norma interna. Y, en este sentido, como antes se apuntaba, ya desde la sentencia sobre el asunto "Sail" viene afirmando el Tribunal de Justicia de la CE que la eficacia del Derecho comunitario es siempre la misma, con independencia del sector, incluso penal, en el que haya de efectuarse esa no aplicación. En otros términos, el Derecho penal es competencia de los Estados miembros de la Unión, pero ésta impone ciertos límites a dicha competencia mediante los principios aludidos, lo que no significa que tenga autoridad para imponer o exigir de los Estados miembros sanciones penales (Vervaele, 1993, 177).

Ha sido ésta la primera forma de influencia que el Derecho comunitario ejerció sobre los ordenamientos penales internos y, de hecho, como indica MESTRE, la construcción del Derecho penal comunitario no se ha realizado tanto por la vía de la armonización prevista en los arts. 100, 189 o 235 del Tratado de la CE, como a través de la recepción interna de los principios del Derecho comunitario mediante la cotidiana actividad interpretadora del Tratado de la Comunidad desarrollada por el Tribunal de Justicia en cuestiones de prejudicialidad planteadas en el seno de procesos penales (Mestre, 1989, 580).

Cuando un Tribunal se enfrente a un conflicto entre una norma penal y una norma comunitaria dotada de eficacia directa tiene que dejar de aplicar aquélla -o bien reducir su ámbito de aplicación-, absolviendo directamente al inculpado una vez comprobada la contradicción entre la norma comunitaria y la penal por cuya violación se pretende hacer responder a éste, aun cuando la norma interna se haya aprobado con posterioridad (Mateos, 1995, 954).

En este sentido, es mayoritaria entre los autores españoles, la tesis favorable a que directamente el Tribunal, sin necesidad de solicitar la previa declaración de inconstitucionalidad, y sin necesidad de recurrir al Tribunal de Justicia de la CE para comprobar la contradicción, puede asumir esa función postergando la norma contraria al Derecho comunitario (Cuerda/Ruiz, 1989, 359), lo que, por supuesto, no implica una derogación expresa de la misma para la que no es competente. Cualquier ciudadano entonces podrá adecuar su conducta a la normativa europea, solicitando del juez penal que no aplique el tipo penal en virtud del cual su conducta pudiera resultar punible (Mestre, 1989, 583).

Que el Tribunal estatal no tenga que solicitar una declaración del Tribunal de Justicia sobre la posible incompatibilidad normativa no significa que en ocasiones no deba hacerlo. De hecho habrá de acudir a este organismo, mediante la interposición de una cuestión prejudicial en base al art. 177 del Tratado de la CE siempre que su decisión no sea susceptible de recurso judicial interno (pfo. 3º) y, en todo caso, cuando necesite interpretar el Derecho comunitario para decidir sobre la contradicción. De ahí que la unidad de interpretación del ordenamiento comunitario esté garantizada por la atribución al Tribunal de Justicia del monopolio interpretativo de los Tratados constitutivos. En este sentido el Tribunal de Justicia no resuelve el caso planteado ante el Tribunal interno, que será quien decida sobre el supuesto que a él se le plantea en base a la interpretación ofrecida por aquél (Nieto, 1995, 596). Pero es, a tenor del art. 164 del Tratado de la CE, el único órgano encargado de interpretar el Derecho comunitario. Por ello señala TIEDEMANN que la jurisprudencia del Tribunal europeo tiene como cometido interpretar el Derecho comunitario y no el estatal, centrándose no en las sanciones ni en la amenaza penal, sino en los mandatos o prohibiciones que se contienen y que están en la base de la sanción y del tipo penal al describir la infracción de la norma (Tiedemann, 1994, 238).

Para que el Tribunal interno pueda dejar de aplicar la normativa interna es necesario, en primer lugar, que la norma penal estatal afecte al Derecho comunitario, perjudicando la obtención de los fines que pretende la Unión. De este modo, apunta NIETO, se excluyen de la órbita de esta influencia conflictos meramente internos o que afectan a ciudadanos de terceros países, supuestos en que los tipos penales contrarios al Derecho comunitario podrán seguir aplicándose (Nieto, 1995, 595). Y, además, como viene poniéndose de relieve, es necesario que la colisión se produzca con una norma comunitaria dotada de efecto directo.

A la hora de justificar desde la Dogmática penal la actuación del Tribunal interno, la doctrina penal ha manejado diferentes criterios, principalmente los de entender que estamos ante un supuesto de atipicidad de la conducta analizada o bien ante un supuesto de ejercicio de un derecho a ubicar en la ausencia de antijuricidad.

Referente es la sentencia del Tribunal supremo de 20 de octubre de 1992 que alude a una primacía del Derecho comunitario con efectos descriminalizadores o despenalizadores, lo que como también destaca NIETO, y entiendo es la solución acertada, muestra una alineación con la solución de la atipicidad (Nieto, 1996, 294). Ello al menos en los casos en que la conducta prohibida sea contraria en sí al Derecho comunitario, de modo radical y expreso, pues los principios de primacía y efecto directo al articular las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno determinan qué conjunto normativo ha de aplicarse para enjuiciar una determinada conducta. Y a juicio de este autor, también acertado, lo mismo ocurrirá cuando lo que resulte contrario al Derecho comunitario sea una determinada interpretación de un elemento normativo (Nieto, 1995, 147). Posteriormente se insistirá en esta cuestión al analizar la influencia de las directivas incorrectamente traspuestas en la integración del art. 325 Cp.

Señala este autor, asimismo, que habrá que dejar sin aplicar la norma penal, absolviendo al inculpado, cuando lo que se considere contrario al Derecho comunitario sea la sanción, siempre que no se encuentre una penalidad adecuada, al amparo del principio de legalidad (Nieto, 1995, 148), posibilidad ésta, en mi opinión, difícil de aceptar.

Por último, alude NIETO a determinados supuestos en los que, aun sin aceptar la existencia de una contradicción que determine la inaplicación de la norma interna, el Tribunal habrá de admitir la existencia de un error, de tipo o de prohibición, ante una reglamentación comunitaria compleja en muchas ocasiones (Nieto, 1995, 150).

Esta vertiente de la incidencia del Derecho comunitario en el Derecho interno ha afectado fundamentalmente a los tipos penales relacionados con el contrabando y el control de cambios, por la restricción de movimientos de bienes y capitales que, respectivamente, ambas figuras implican. Pero, en general, puede señalarse que las normas penales llamadas a entrar en colisión con la normativa

comunitaria pueden ser todas las que integran el Derecho penal económico -entendido en sentido amplio-, por afectar a materias sobre las que existen competencias comunitarias y, entre ellas, cómo no, cuanto concierne a la tutela del ambiente. A este respecto, de modo particular puede ser frecuente la colisión cuando los tipos penales se describan mediante la técnica de la ley en blanco a que se aludía en el epígrafe anterior y en este caso intervenir la normativa comunitaria no a efectos de integración positiva, sino de integración negativa en cuanto obligue a omitir la aplicación de un precepto penal por la contradicción con la normativa comunitaria de la normativa extra-penal que incorpora o a la que remite. Aunque también es difícil imaginar que el legislador comunitario vaya a crear reglamentos o directivas contrarias a la reglamentación estatal, por permitir actividades cuyo incumplimiento ponga en peligro grave, por ejemplo, el medio ambiente (Nieto, 1996, 271). Y, evidentemente, en el supuesto contrario, el tipo penal, aun insuficientemente penalizador, no dejaría de aplicarse.

Antes de abordar la incidencia que, en concreto, puede tener la normativa comunitaria en la tutela penal del ambiente es necesario describir y explicar cómo se prevé esta tutela y, por qué, aun cuando la Unión carezca de competencias penales es éste un ámbito en el que la normativa comunitaria incide en su expresión integradora, con efectos no sólo negativos.

## **II. EL DERECHO PENAL DEL MEDIO AMBIENTE.**

### ***1. La necesidad de previsiones de carácter penal en la protección del ambiente.***

Como reiteradamente viene señalándose, las preocupaciones ambientales han encontrado acogida en la parte dogmática de las constituciones de la mayoría de Estados de nuestro entorno jurídico mediante la plasmación, como nuevo derecho económico-social, de un derecho al ambiente que, y así se ha destacado en la doctrina, incluye la obligación de conservar el ambiente que se tiene derecho a disfrutar (Prats, 1983, 745). En la Constitución española, el art. 45 plasma esta preocupación. En este precepto se normatiza el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo personal, exigiéndose a los poderes públicos que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, defendiendo y restaurando el ambiente, con apoyo en la indispensable solidaridad colectiva. Al mismo tiempo, se impone el deber de conservar y, por ello, de no atentar ni perjudicar el ambiente, que sirve de desarrollo vital a la convivencia humana. Respecto al mandato constitucional, únicamente señalar que, en cuanto ubicado en el epígrafe "de los principios rectores de la política social y económica", es un mero principio informador de la actividad legislativa que, sin ser alegable directamente, opera jurídicamente a través de una legislación todavía incompleta.

Desde hace unas tres décadas, prácticamente a partir de los primeros reconocimientos constitucionales, se ha ido creando lo que se conoce como Derecho ambiental. Surgido por amenazas a menudo materializadas en importantes daños y por la consiguiente necesidad de una mejor protección de las condiciones de vida de las personas, este moderno Derecho ha venido integrándose en el Derecho administrativo. Como ha señalado TIEDEMANN se ocupa, tratando de combatirlos, de los peligros que amenazan los fundamentos de nuestra vida -en otros términos, del equilibrio natural-, dentro del ámbito tradicional de las medidas de policía, tratando de organizar, al mismo tiempo, un futuro mejor. Se constata, no obstante, que el denominado Derecho ambiental tiende en ocasiones a configurarse como un Derecho autónomo que reúne aspectos tanto del Derecho administrativo clásico, como del Derecho civil e incluso mercantil, tendencia reflejada en los intentos de articulación de auténticos códigos del ambiente (Tiedemann, 1987, 140).

Pues bien, en este contexto, el Derecho penal del ambiente se entiende surgido por la reclamación de sanciones más severas para las infracciones a la normativa administrativa y la evidente insuficiencia de las incriminaciones penales clásicas de carácter general. Así, en los últimos años la mayoría de ordenamientos jurídicos acude al Derecho penal para tipificar como delitos determinados atentados a valores ambientales. Junto a los Estados que han previsto la creación de un Código del ambiente, con auténticas prescripciones de carácter represivo, como Japón, en 1967, Suecia, en 1969, Dinamarca, en 1973, Noruega, en 1981, Suiza, en 1985, Grecia, en 1986 o Reino Unido, en 1991, la inclusión de normas sancionadoras en relación con la tutela ambiental en los Códigos penales o en leyes penales especiales es hoy un criterio absolutamente consolidado. Especialmente significativas en este contexto han sido la Ley italiana para la tutela de las aguas contra la contaminación, de 10 de

mayo de 1976, conocida como Legge Merli, que establece varias figuras delictivas; la Ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, que introdujo en 1980 en el Código penal un título específico para los delitos contra el ambiente; y los Códigos español, austriaco y portugués, tras las reformas de 1983 y 1989. Incluso en sistemas en los que tradicionalmente la problemática ambiental se ha abordado con leyes administrativas o tipos penales clásicos, como Francia, se constata esta tendencia, puesta ya de manifiesto con la Proposición de ley de 5 de abril de 1978 nº 292, de M. Ciccolini, en favor de la institución del delito ecológico.

Fruto de esta preocupación, el delito ecológico en sentido estricto, como lo han venido denominando numerosos autores no del todo acertadamente, nace en la legislación española, con independencia de clásicas leyes sectoriales como las de caza o pesca, con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio que incorpora al Código penal el art. 347 bis -cuyo antecedente ha de encontrarse en los diferentes artículos que en los intentos fallidos de reforma global del Código penal de 1980 y 1983 se ocupan de esta temática, posteriormente también contemplada en los Proyectos de 1992 y 1994 y, cómo no, en los actualmente vigentes arts. 325 ss. Cp-, sobre el que hasta la fecha sólo se han publicado cinco sentencias del Tribunal supremo. La primera de ellas, la relativa al conocido Sumario 12/85 del Juzgado de instrucción de Berga resuelto por la Sección 3ª de la Audiencia provincial de Barcelona en sentencia de 20 febrero de 1988, que motivó la sentencia del Tribunal supremo de 30 de noviembre de 1990. A este respecto, es sabido que las modificaciones operadas en la legislación procesal por la Ley orgánica 7/88 de 22 de diciembre difícilmente permitían que este tipo de infracciones pudiera tener acceso al Tribunal supremo pues las penas asignadas al art. 347 bis remitían al procedimiento abreviado (art. 779 LECr), con la consiguiente exclusión de la posibilidad de casación. Sin embargo, el nuevo texto penal de 1995, merced a su nuevo catálogo de penas y a la modificación que la Disposición final primera introduce en la Ley de Enjuiciamiento criminal, traslada a las Audiencias provinciales la competencia para conocer las causas por delitos contra el ambiente, con lo que necesariamente a partir de ahora el Tribunal supremo se pronunciará con mayor frecuencia sobre estos delitos.

Es comúnmente aceptado, como señala TERRADILLOS, que al ser el ambiente susceptible de menoscabo y limitados los recursos naturales han de encontrarse los mecanismos de gestión idóneos que permitan un uso sostenido de los mismos como vía que evite la imparable autodestrucción de la especie humana. Pero no es cierto que la tutela de los recursos naturales no sea compatible con el crecimiento económico, sino que, al contrario, le resulta imprescindible, aunque a corto plazo pueda chocar con intereses parciales (Terradillos, 1992, prólogo). De lo que se trata es de conciliar el incremento de la producción de bienes con la conservación y protección del ambiente, propiciando un sistema de progreso industrial programado y planificado que, erradicando el desarrollo económico a toda costa, pondere los costes ambientales que genera dicho impulso. En la actualidad, la importancia de preservar el ambiente como una de las mejores aportaciones para elevar la calidad de vida de los ciudadanos no es discutida por nadie; las discrepancias únicamente se proyectan sobre el alcance de la defensa, los medios a utilizar y la ponderación a establecer con otras exigencias de la cultura industrial (Morillas, 1992, 145).

Sí se ha puesto de manifiesto, en todo caso, la necesidad de un enfoque global de la problemática, que atienda a intereses colectivos y generales, algo que no encaja bien con el carácter individualista del sistema tradicional de la responsabilidad civil, pensada para resolver conflictos entre particulares. Ello explica que el denominado Derecho ambiental se forme sustancialmente por normas de Derecho público. Y, como ya se ha señalado, que haya sido el Derecho administrativo el sector del ordenamiento tradicionalmente implicado en estas cuestiones. Así, como suele indicarse en la doctrina administrativista, las técnicas arbitradas por la normativa española relacionada con el ambiente agotan prácticamente el elenco tradicional de medidas de carácter administrativo, unilateral e imperativo, tanto en sus distintas formas -prohibiciones, autorizaciones, órdenes y mandatos- como grados de intensidad -delimitación, mera limitación o sacrificio del ejercicio de libertades y derechos-.

La existencia de un deterioro imparable del ambiente ha supuesto, sin embargo, como antes apuntaba, la necesidad de plantear su protección a través de instrumentos de carácter sancionador más contundentes que los tradicionalmente existentes meramente administrativos. Las reacciones legales administrativas ante el incumplimiento de la ley pueden resultar duras, pero no garantizan en todos los casos una protección adecuada, ni desde una perspectiva preventiva ni represiva. La sanción penal

ejerce en cambio una presión adicional que puede ayudar a asegurar en buen número de casos el cumplimiento voluntario de los requisitos y prohibiciones legales en el ejercicio de la actividad potencialmente peligrosa para el ambiente. La inclusión de la tutela ambiental en el Código penal pretende además, junto a una elevación de los efectos de prevención general -negativa-, reactivar la conciencia del público sobre la dañosidad social de los ataques al ambiente y reafirmar la aceptación de bienes jurídicos ambientales autónomos con el mismo rango que los clásicos bienes jurídicos individuales. En este sentido, acertadamente señala PRATS cómo la aparición de nuevos tipos de injusto en esta materia no es fruto de la inflación penal, sino de la presión social que obliga a intervenir al legislador en favor de intereses colectivos, defendiéndolos frente a los ataques que surgen de las nuevas formas de destrucción consecuencia del avance tecnológico (Prats, 1983, 750). A este respecto, la Exposición de motivos del Proyecto de nuevo Código penal de 1992 aceptaba afrontar la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez mas compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando a la vez figuras delictivas que han perdido su razón de ser y destacando, en el primer sentido, la nueva regulación de los delitos relativos a los recursos naturales. Añadía que ello se debe a diversas razones, de entre las que destacaba el mandato constitucional y la indudable aparición de un bien jurídico que traduce la creciente preocupación de primer orden frente a los ataques más graves que se infringen al ambiente y los recursos naturales. Retoma lo que ya expresaba la Exposición de motivos de la propia reforma de 1983 que introdujo el art. 347 bis Cp al señalar que "[...] unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la ley penal".

Ha sido ésta cuestión objeto de debate en numerosas reuniones de carácter internacional de las que ha surgido un relativo consenso en la doctrina sobre la consideración del ambiente como bien jurídico de especial transcendencia cuya protección resulta esencial para la propia existencia del ser humano, por lo que su conservación y mantenimiento justifica plenamente la necesidad de intervención del Derecho penal en una tutela específica. Ha de destacarse a este respecto la Resolución (77) 28 de 27 de septiembre de 1977 del Comité de Ministros de justicia del Consejo de Europa sobre la contribución del Derecho penal en la protección del ambiente, a que condujo la discusión de la Séptima Conferencia de Ministros de Justicia de Europa, de 1972. En ella se aconseja a los países miembros el uso de la ley penal contra los responsables de desastres ecológicos, polución o alteraciones ambientales. Posteriormente, la Resolución nº 1 de la 17ª Conferencia, reunida en Estambul en junio de 1990, insistiría en "la necesidad de desarrollar el Derecho penal del medio ambiente", recomendando al Comité de Ministros "invitar al Comité Europeo para los Problemas Criminales a que elabore líneas directrices comunes, en forma de recomendación o, en su caso de convenio, con el fin de luchar contra los atentados al medio ambiente". Como se señala en el informe de la Delegación alemana, el daño irreversible a la atmósfera, la muerte de los bosques, la desaparición de numerosas especies de nuestra rica flora y fauna y la contaminación del suelo y del agua constituyen pruebas acuciantes del hecho de que la base natural de nuestra existencia se encuentra ahora en peligro. Por ello, que los actos perjudiciales para el ambiente merecen sanciones penales ya no es tema de serias dudas.

En el ordenamiento español, sin duda la necesidad de protección penal se confirma a nivel constitucional, pues es el mismo texto de 1978 el que además de proclamar la importancia de la tutela del ambiente de cara a garantizar y desarrollar una mejor calidad de vida, impone expresamente la obligación de establecer sanciones penales.

Al margen de la cuestionable imposición constitucional, sí parece que el grado de degradación ambiental es tal que la lucha contra la misma requiere de todos los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, entre ellos, como ultima ratio, el Derecho penal; Derecho penal, que -sin que de ello se derive que deba limitarse a sancionar la mera infracción de normas civiles o administrativas- debiera cumplir una función de protección, como luego se explicará, subsidiaria (De la Cuesta Aguado, 1994, 87). Tanto la relevante transcendencia del ambiente como interés jurídico como la gravedad de las formas de incidencia nociva que se han desplegado contra el mismo reclaman esta intervención. A los bienes jurídico-penales les incumbe la función de destacar los intereses reconocidos social y constitucionalmente como valiosos, sirviendo de guía en la precisión de las conductas a considerar

penalmente, y no puede olvidarse que, en este ámbito, hablamos de fuentes de existencia insustituibles y absolutamente necesarias para la vida tanto de los seres humanos como de los animales y plantas y, en definitiva, del equilibrio del ecosistema en el que se integra el ser humano.

La actuación penal es necesaria como reconocimiento de unos intereses propios básicos para el desarrollo de la vida en sociedad y para que el individuo acceda a una plena realización, que no se satisface garantizando únicamente los bienes tradicionales mediante un adelantamiento de su protección penal. Como subraya DE LA CUESTA ARZAMENDI una política criminal igualitaria y progresista, que quiera realmente servir a la protección de aquellos bienes en cuyo amparo se encuentran interesadas por igual todas las capas de la población, no puede evitar ocuparse de ese conjunto de intereses de gran relevancia social, auténticas instancias antagonistas a las posiciones económicas y jurídicas hoy dominantes y volcadas -en un contexto de aspiración a la igualdad y libertad sustanciales- en la afirmación de un control sobre el desarrollo de las actividades económicas y el ejercicio del poder fáctico a ellas conectado. La conservación y mantenimiento del ambiente resulta esencial no ya para asegurar el funcionamiento de un sistema social concreto, sino para garantizar unas necesidades humanas que por su deterioro y destrucción quedarían insatisfechas o encontrarían graves dificultades para su adecuada satisfacción e incluso la misma existencia del ser humano (De la Cuesta Arzamendi, 1983, 879/82).

Sí habrá que admitir, sin embargo, que el Derecho penal, como el más formalizado y negativo de los instrumentos de control social de que dispone el Estado, ceda paso -y hoy en día ello es incuestionable- a otras formas de control o políticas sociales. Medidas de protección directamente preventivas, como la investigación y la educación, la actividad de policía administrativa en base a controles previos, autorizaciones o licencias, las medidas de estímulo como exenciones y bonificaciones y, en general, toda acción previa al atentado contra el ambiente útil para evitarlo, se han consagrado como mecanismos idóneos de actuación (López-Cerón, 1996, 636). En este sentido, la doctrina dominante repetidamente se ha mostrado favorable a otorgar al Derecho penal un papel subsidiario, que no secundario, en la protección del ambiente, interviniendo en última instancia, cuando otras medidas no han sido observadas, han quedado sin efecto o se han manifestado inadecuadas. De nada servirá el Derecho penal si no existe una programación por parte de la Administración pública de todas las actividades que puedan suponer un peligro para el ambiente y una tutela sancionadora extrapenal previa a la propiamente penal. Sólo así se podrá hablar de una protección penal eficaz y evitar el peligro de caer en el no infrecuente defecto político-criminal de "huir hacia el Derecho penal" criminalizando simbólicamente y no realmente una conducta o conjunto de conductas sin que tan aparentemente definitiva y rotunda sanción sea finalmente eficaz (Mateos, 1992, 81). Colocarle en primer plano supone una hipertrofia cualitativa y cuantitativa de esta rama del derecho y una perversión de su función. Reflexión con la que la mayoría de la doctrina estaría de acuerdo.

## ***2. Vinculación al Derecho administrativo de la tutela penal.***

En la protección del ambiente, el legislador decide ampliar la intervención penal tradicional, sin esperar a la lesión de los bienes jurídicos considerados clásicos, para tratar de actuar a tiempo frente a nuevas fuentes de peligro. Pero se encuentra con un área regulada detenidamente por el Derecho administrativo que en los últimos tiempos, en particular, ha cobrado un auge especial. La intervención del legislador público refleja ese conflicto reiteradamente destacado entre los intereses particulares de cada potencial agente lesivo del ambiente, de carácter empresarial normalmente, o intereses públicos de índole tecnológico e industrial, y los intereses sociales que pretenden la conservación de un ambiente puro. Y en esa confrontación el Derecho administrativo acepta la explotación de los recursos naturales, pero desarrollando en gran número de normas los límites de lo permitido -o, al menos, no prohibido- en relación a comportamientos que menoscaban o perjudican el ambiente (Heine, 1993, 292).

Ante esta situación, el legislador puede intentar conectar la regulación penal y la regulación administrativa, con el fin de lograr un sistema ordenado y global de protección ambiental que, como señala DE LA CUESTA AGUADO, se inicie con controles sociales primarios derivados de la propia conciencia social de la nocividad de las conductas, pase por una gradual escala administrativa de permisos, prohibiciones y sanciones y, finalmente, se complete con el recurso a la intervención penal ante los atentados más graves, fracasados los restantes sistemas de control. O bien, simplemente

regular la materia de forma cerrada en sí misma, atendiendo a la gravedad de las conductas y a la importancia y necesidad de protección de los bienes jurídicos en juego (De la Cuesta Aguado, 1994, 320). Es la opción entre la accesoriedad administrativa del Derecho penal o su configuración autónoma respecto de dicha normativa administrativa.

Esto es, la plasmación legal de la protección penal ambiental obliga al legislador a plantearse si las disposiciones penales que pretende prever para garantizar dicha tutela deben concebirse de forma subordinada al Derecho administrativo del ambiente o si, por el contrario, pueden concretar de modo autónomo el ámbito en que los atentados contra el ambiente deben constituir infracciones punibles. Ambas opciones representan extremos ideales que en la realidad de cada legislación se interseccionan ofreciendo numerosas plasmaciones de formas híbridas (Tiedemann, 1987, 141).

En los detenidos estudios de Derecho comparado que sobre esta cuestión se han venido realizando se observan, al margen de particularidades más o menos relevantes de cada ordenamiento penal, tres sistemas diferentes -que, por otra parte, pueden concurrir en un mismo ordenamiento en relación con diferentes tipos penales (Heine, 1993, 293)-, cuya finalidad de protección es en sí teóricamente diversa.

Un primer modelo prevé una protección penal absolutamente independiente de previsiones administrativas, modelo que aparece en los ordenamientos alemán, danés, holandés, polaco o portugués, en los que las disposiciones penales describen más o menos exhaustivamente, pero en todo caso sin remisión alguna a conceptos administrativos, la conducta que se estima digna de sanción. En un segundo sistema el Derecho penal -cuando interviene- se configura de forma absolutamente dependiente de los actos o normas administrativas, como en Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia o Inglaterra. En él, las normas sancionadoras en blanco se utilizan, carentes en sí de cualquier ingrediente definidor relacionado con el ambiente, para castigar todo incumplimiento de normas ambientales o directrices administrativas. Por último, un tercer modelo, hacia el que se constata una creciente tendencia, ofrece una regulación penal relativamente subordinada a la normativa o a la actuación administrativa: así, de nuevo Alemania, Austria, España, Suecia o Suiza. En él se erige en infracción penal la contaminación que viole disposiciones legales o actos administrativos o la contaminación no autorizada legalmente. Insisto, utilizándose en cada uno de ellos técnicas diferentes y numerosas variantes por lo que únicamente una perspectiva teórica permite establecer la estricta distinción entre los mismos. Como se señala en la doctrina italiana estamos ante un modelo prevalentemente penal, uno prevalentemente administrativo o uno mixto.

Interesa insistir en la distinción, al menos en cuanto al diferente sentido de la protección que con uno u otro modelo parece pretenderse. Así, señala HEINE que la finalidad de un Derecho penal absolutamente independiente reside en evitar el peligro concreto para la vida y la salud de las personas y, por tanto, será indiferente que se actúe o no contra un acto o norma administrativa o, a la inversa, de conformidad con una autorización administrativa. El segundo modelo pretende asegurar jurídico-penalmente las decisiones o normas administrativas sancionando la lesión de éstas. Por último, en un Derecho penal relativamente accesorio se pretenden proteger bienes jurídicos específicamente ambientales, integrando aquella lesión, como un elemento más, en el tipo objetivo, que requiere otros elementos (Heine, 1993, 289). En este sentido, se alude también a tipos penales originarios, tipos penales de desobediencia y tipos penales accesorios. Por ello, la asunción de uno u otro modelo no representa sólo una opción de técnica legislativa.

#### *A. Crítica a una protección penal del ambiente absolutamente desvinculada del Derecho administrativo.*

El modelo predominante es el de la accesoriedad relativa y a él tienden la mayoría de ordenamientos penales, con independencia de que en ocasiones en ellos algún tipo prescindiera de esta configuración. En él se produce una descripción general del comportamiento que pretende incriminarse penalmente, pero el injusto penal se define plenamente o se completa con una remisión a la regulación administrativa. De este modo, el Derecho administrativo determina en cierta medida los límites de la penalidad, sin que ello signifique consagrar como bien tutelado una pretensión estatal de obediencia. Pero precisamente, y aunque esta tendencia sea creciente en el ordenamiento comparado, repetidamente se viene señalando como talón de Aquiles de la protección penal del ambiente, desde una perspectiva jurídica, su dependencia del Derecho administrativo.

Se alude críticamente al carácter de ley en blanco que con esta técnica adquiere la normativa penal,



lesiva del principio de legalidad, a la gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que permite utilizar y a la ausencia de claridad respecto a la materia de prohibición, a la dependencia de la persecución penal del comportamiento previo de la autoridad ambiental, a la pérdida de poder del legislador penal y al carácter secundario que se otorga al Derecho penal. Se cuestiona la incertidumbre de saber si el bien jurídico protegido realmente es el ambiente o más bien las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de los bienes ambientales. Se señala que puede producirse una sumisión permanente a las exigencias de la Administración, fundamentalmente en el ámbito económico, deseosa de extender su capacidad reglamentaria a la definición de los contenidos de los tipos penales. Se indica que con el recurso a tipos penales accesorios el legislador traslada los problemas más arduos que se le presentan a la hora de tipificar determinadas conductas que supongan un riesgo social permitido al ámbito del Derecho administrativo. Y se alude, por último, a la pérdida de eficacia de un Derecho penal que se hace depender en último término de la actuación administrativa y, en este sentido, al temor de que se diluya la protección penal. Específicamente en relación con el derogado art. 347 bis Cp particular énfasis se ha puesto en la inexistencia de una legislación administrativa clara y homogénea a la que remitirse.

En relación con esta pretendida ineficacia del Derecho penal ambiental se subraya especialmente la dificultad de una protección adecuada cuando en último término va a ser la autorización o la prohibición administrativa, según el comportamiento tipificado, la que determine la reacción penal, que se bloqueará muchas veces por una deficiente legislación o actuación administrativa. Se alude, en este sentido, a la legislación penal como mero "acto simbólico" que encubre una protección del ambiente que dependerá de cómo funcione la instancia previa. Como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI hay que temer que esta relación de accesoriedad contribuya a la formación de espacios abiertos de impunidad, fruto de intervenciones administrativas guiadas por el deseo de conciliar los intereses de la conservación ecológica con las exigencias de desarrollo industrial o económico de las diferentes regiones y del mismo Estado (De la Cuesta Arzamendi, 1982, 661).

De ahí que se alcen voces en favor de una relajación de la vinculación penal a dichas actuaciones o de una técnica de tipificación diversa. El propio DE LA CUESTA ARZAMENDI indicaba que el empleo de las sanciones penales como simples instrumentos de ultima ratio para luchar contra los déficits de aplicación de las disposiciones administrativas vigentes en materia ambiental parte de una concepción demasiado limitada de la función socialmente atribuida al Derecho penal y no sirve tampoco para superar esos déficits concretos, que encuentran a menudo su razón de ser en deficiencias de una Administración que prefiere legislar a administrar. En esta línea, él consideraba más acertado el establecimiento por el Derecho penal de una prohibición absoluta de contaminar, apoyada sobre valores límites, independiente de disposiciones administrativas (De la Cuesta Arzamendi, 1982, 660; también Bacigalupo, 1982, 207). Con carácter genérico, esta insatisfacción respecto a la técnica de la ley penal en blanco, sobre la que luego volveremos, la ha sintetizado MESTRE aludiendo a la disfuncionalidad de los tipos en blanco. Este autor señala que cuando los intereses sociales que se estima necesario proteger reciben ya la suficiente tutela a través de medidas jurídicas sancionadoras de carácter no penal resulta injustificada su extensión al ordenamiento penal; consecuentemente, considera lógico reclamar en este proceso la desaparición de todos aquellos preceptos que se entronquen con la denominada naturaleza subsidiaria del Derecho penal, en la medida al menos en que las infracciones de la normativa administrativa deben dar lugar tan sólo a sanciones de este tipo, máxime cuando ese ordenamiento ha acreditado su capacidad de autoprotección y reservar el Derecho penal para "más altos fines" (Mestre, 1988, 526). Así, señala GONZALEZ GUITIÁN, siguiendo a MESTRE que "resultaría intolerable que la realización de vertidos que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones medioambientales fuese atípica tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente" (González Guitián, 1991, 124).

Este tipo de razonamiento ha llevado a cuestionar la viabilidad de la técnica de configuración accesoria de los preceptos penales, que en materia ambiental cobra particular importancia.

Ahora bien, el orden jurídico administrativo en el Estado social ha experimentado una importante evolución y en lo que se ha dado incluso en denominar Estado social de la Administración cada vez son más los ámbitos de vida, modos de comportamiento, hechos en general, que se regulan administrativamente. Las leyes administrativas no se limitan ya a servir de instrumento policial para evitar determinados peligros, sino que posibilitan a las autoridades planear, intervenir, desarrollar

medidas económicas y de distribución en relación con la asignación de los recursos escasos, además de permitir medidas de control, ordenación y configuración de múltiples actividades. El Derecho ambiental es parte de este campo de desarrollo y tal es así que las leyes que forman parte de él se dirigen en alto grado a la ejecución administrativa.

Por ello, la prioridad absoluta en la lucha contra la degradación del ambiente natural se concreta en una actividad administrativa de prevención y control, que determina los límites permitidos de emisión y, asimismo, asegura mediante estrictos mecanismos el respeto de dichos baremos por los posibles agentes contaminantes (Rodas, 1994, 141). Ha de destacarse, por otra parte, la complejidad de los problemas ambientales tanto a la hora de delimitar las áreas o zonas a proteger como, sobre todo, en relación con los factores contaminantes, cantidades y calidades admitidas en función de diversas variables y procedimientos o criterios de medición y valoración. Además, el ambiente como bien jurídico se caracteriza por su relatividad y disponibilidad, dada la necesidad de su utilización (González Guitián, 1991, 116). Como ya hace años señalara RODRIGUEZ RAMOS una realidad tan compleja no admite una regulación penal original y autónoma, so pena de autocondenarse a la ineficacia que derivaría de su inaplicación o, de seguir tendencias excesivamente criminalizadoras, de frenar el necesario desarrollo económico y tecnológico que pudiera ser compatible con una equilibrada protección del ambiente, pues no es imaginable una utilización empresarial de los recursos ambientales sin un comportamiento mínimamente dañoso (Rodríguez Ramos, 1982, 304).

A través de la incorporación de la protección del ambiente a las estructuras del Derecho penal nuclear se ha dado un importante avance en la concienciación ambiental. Pero, desde un punto de vista técnico legal, la garantía de la no contradicción del orden jurídico requiere que el Derecho penal en determinada medida respete los preceptos administrativos. Una protección absoluta del ambiente es totalmente inviable dada su necesidad de utilización y obliga a la dependencia del ordenamiento donde ésta se concreta o, expresado en otros términos, a aceptar el carácter auxiliar y secundario de un Derecho penal -auxiliar, en cuanto su función tutelar sólo puede realizarse apoyando la normativa administrativa y secundario en cuanto corresponde a la norma no penal un papel primario en la protección del ambiente-, que flanquea y complementa la normativa administrativa (Rodríguez Ramos, 1982, 304), en un sentido positivo, esto es, sin identificar secundariedad con superfluidad, sino con garantía de la normativa administrativa a la que se brinda protección para tutelar el bien jurídico real que es el ambiente; sin que ello represente, por otra parte, algo exclusivo del Derecho penal ambiental.

El legislador penal ha de aceptar la realidad de las infinitas posibilidades de dañar al ambiente, que hace imposible prescindir de las normas administrativas que ejercen una función preventiva en el ejercicio de cada actividad, pues esas normas, cuya aplicación es de carácter preferente, han de delimitar precisamente el marco de lo permitido (Mateos, 1992, 105). En este sentido, no se trata de sancionar como primera medida, cuanto de armonizar los intereses económicos y ecológicos para evitar una sobre-utilización del ambiente. Y, por ello, el temor debiera ser el inverso, una actuación excesiva del Derecho penal en esferas que, en principio, le son ajenas. Por ello la tutela penal no puede comprenderse como algo aislado, sino desde una concepción global de la protección del ambiente que le obliga a desarrollar un papel de apoyo y fortalecimiento del intervencionismo preventivo de la Administración, a cuya organización y normativa debe adaptarse, renunciando a una labor original de concreción de las modalidades de agresión so pena, insisto, de ineficacia. Por su carácter fragmentario, como señala PRATS, la ley penal puede defender el equilibrio ecológico castigando ataques concretos al ambiente biológico, pero sólo conjugando dicha medida con un control político y administrativo riguroso puede proporcionarse la protección ambiental necesaria (Prats, 1983, 752). Al margen de que la propia Administración es la única que dispone de medios de investigación idóneos para detectar posibles infracciones (Prats, 1991, 63).

Aunque se pretenda una protección penal basada en un bien jurídico sustantivo, ésta, con carácter global, no puede desprenderse del Derecho administrativo ambiental. Al carácter unitario del valor ambiente debe corresponder un sistema protector-sancionador también unitario. Un desacoplamiento de ambos sería anacrónico y jurídicamente inaceptable y de ahí la inconveniencia de aceptar tipos penales absolutamente independientes de toda referencia al Derecho administrativo, salvo ante lesiones especialmente importantes o ante atentados derivados de actividades socialmente no admitidas y fácilmente delimitables (González Guitián, 1991, 117).

Aceptada la necesidad de intervención administrativa en la protección ambiental, con carácter

preferente desde su perspectiva preventiva y de organización, el principio de unidad del ordenamiento jurídico y, de él derivado, el de libertad de contradicción en el sistema jurídico, representa un límite a la amenaza penal de los comportamientos que explícitamente se toleran en dicho ámbito jurídico (Heine, 1993, 292). De ahí que no pueda prohibirse penalmente lo que administrativamente está permitido bien por una norma, bien por una autorización que ejecute la ley o concrete el principio que fundamenta ésta. Sólo las acciones consideradas socialmente dañosas pueden ser objeto del Derecho penal y no pueden considerarse tales las que permita el propio ordenamiento (De la Cuesta Arzamendi, 1994, 189). De lo contrario, la ponderación de intereses que se realiza en Derecho administrativo perdería todo su sentido y se colocaría al ciudadano en la situación de tener no sólo que adecuar su comportamiento a la actividad administrativa, sino de tener que informarse además sobre la posible reacción penal.

Y no estamos sólo ante un problema de orden lógico-jurídico, en relación con la idea de unidad del ordenamiento y la interpretación de ésta, sino ante una cuestión que afecta al entendimiento del ámbito de protección penal del ambiente y, como antes señalaba, del Derecho penal en su consideración global. La política criminal forma parte de la política legislativa general, con la consecuencia práctica de que siempre han de intentar coordinarse los diferentes sectores del ordenamiento para que todos los conjuntos normativos que incidan en una misma realidad se edifiquen sobre un claro conocimiento de la misma y tiendan hacia metas, si no idénticas, sí al menos armónicas.

Estamos ante ámbitos en que el Derecho penal no puede aspirar a una regulación absolutamente independiente del resto de órdenes jurídicos. Su relación con el Derecho administrativo ha de basarse en una relación de integración y, en este sentido, la situación jurídica administrativamente concretada, atenta a determinados compromisos legales y a diversas ponderaciones de intereses, ha de ser observada en la creación y aplicación de los preceptos penales, sin que quepa acudir a criterios de exigencia diferentes y más restrictivos que los que rigen en el Derecho administrativo sobre el ambiente (De Vicente, 1993, 71). Con ello, el Derecho penal ambiental en absoluto pierde eficacia, sino al contrario. Eficacia que, no obstante, sólo se logrará con una legislación administrativa adecuada. En este sentido, la eficacia de las normas penales no dependerá de una opción u otra en cuanto al modelo de tutela, sino del contenido de los concretos tipos penales y de la voluntad de los poderes públicos de cara a su efectiva aplicación (Mateos, 1992, 119).

Lo importante es procurar una respuesta satisfactoria a los problemas que pueda plantear la cuestión de la accesoriedad. Los problemas que de la configuración accesorio de la protección penal puedan derivarse, o de un entendimiento equivocado de la misma, no obligan a su rechazo, sino a su explicación. Pero de lege ferenda no puede cuestionarse en serio el "sí", sino en todo caso el "cómo" de la configuración accesorio del Derecho penal ambiental. De ahí la importancia en determinar cómo debe articularse y cómo debe entenderse dicha accesoriedad.

#### *B. Crítica a una protección penal del ambiente absolutamente dependiente del Derecho administrativo.*

Aceptar su vinculación a la aplicación de la normativa administrativa no implica concebir el Derecho penal ambiental, sin embargo, únicamente desde la fundamentación de dicha regulación.

En ocasiones se señala que la función del Derecho penal en estos ámbitos reside en asegurar la eficacia de la normativa administrativa o en sancionar la contradicción de la conducta del sujeto con los mecanismos que concretan el poder de planificación y gestión de la Administración pública. Y, como indica HEINE, algunas legislaciones definen los delitos ambientales en términos de violaciones o incumplimientos de objetivos de calidad o valores mínimos admisibles, de condiciones de licencias y de niveles de ruido, que a menudo se identifican con infracciones administrativas (Heine, 1993, 293). Estaríamos entonces ante un Derecho penal absolutamente dependiente cuya tarea consiste sólo en garantizar penalmente la actuación de la Administración, pudiendo afirmarse que el bien jurídicamente protegido sería entonces no el ambiente en sí mismo considerado, sino la capacidad de control de la Administración pública en esta materia.

Pero, al margen de la problemática que conlleva el hacer depender la ilicitud penal de una acción sólo de la actividad de la autoridad administrativa, la sanción de conductas que meramente dejan de observar las formalidades o disposiciones administrativas implica -como repetidamente viene señalándose en diferentes ámbitos de la legislación penal- incriminar un ilícito puramente formal, ante

el que no debiera intervenir el Derecho penal (De Vicente, 1993, 115). La dependencia técnica del ordenamiento administrativo es irrenunciable, pero no es admisible una penalización de todo el Derecho administrativo (Bacigalupo, 1982, 198). Lo que sí ha de observarse es hasta dónde pretende llegar la ley penal, estableciéndose determinados criterios de selección para decidir qué comportamientos opuestos al Derecho administrativo merecen la ultima ratio de la pena. De ahí la importancia en plantear cómo limitar la dependencia del Derecho administrativo para que la tutela penal se dirija realmente al aseguramiento de los bienes ambientales y no de simples decisiones administrativas.

En este sentido, aunque el legislador ambiental pretenda la prevención de consecuencias lesivas a través del establecimiento de un sistema selectivo de autorizaciones de apertura, explotación o funcionamiento de una actividad, el carácter secundario del Derecho penal debe ser valorado en su justa medida, sin entender que las normas penales han de limitarse a sancionar la desobediencia al orden administrativo (De la Cuesta Aguado, 1994, 58).

Además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir, como plus, un desvalor de acción o de resultado complementario y cualificado sobre dicho injusto, que diferencie éste, merecedor de sanción administrativa, de aquél que obligue a la más severa de las reacciones del ordenamiento jurídico (Mateos, 1992, 193), relacionado con un bien jurídico valioso en sí mismo, un interés que trascienda la esfera de las acciones de la Administración pública y coincida con un valor constitucional (De la Cuesta Aguado, 1994, 325). De lo contrario, el Derecho penal se aleja de los fines que le son propios.

### *C. Opción por una protección penal del ambiente vinculada a la tutela administrativa en una relación de dependencia o accesoriedad relativa.*

Como se ha indicado, este es el modelo por el que opta la legislación española en la tutela penal del ambiente. En los arts. 325 ss. Cp y en los preceptos que preveían los diferentes Proyectos de reforma del Código penal esta accesoriedad se manifiesta de diferentes formas, bien con remisión a la normativa o reglamentación protectora del ambiente, bien con remisión a autorizaciones, aprobaciones u órdenes de la autoridad administrativa, bien, en ocasiones, con una remisión tácita a una u otras. Se trata de relacionar la protección penal con determinadas reglas y preceptos, con prohibiciones o permisos, cuya adecuación temporal o local es necesaria.

El concepto de accesoriedad implica que en la fijación de criterios de cuidado, riesgo y valor entran en juego los puntos de vista del Estado y de su Administración. Allí donde el particular no pueda objetiva y responsablemente establecer la ponderación de riesgo y provecho y con ello la concreción del cuidado necesario ha de intervenir el Estado. Como suele señalarse en la doctrina alemana, "a quien no sabe lo que con atención a la protección del ambiente tiene que hacer o le está permitido hacer se lo dice la Administración ambiental estatal".

Al Estado, a sus diferentes Administraciones, le corresponde una función de control y ordenación para determinar los ámbitos de aprovechamiento del ambiente, con el objetivo de conciliar los intereses contrapuestos, influyendo en la tutela ambiental de modo preventivo, por ejemplo, mediante preceptos que obliguen a determinadas medidas de instalación, seguridad o funcionamiento, derivándose de ello, en cierta medida, una traslación de responsabilidad del ciudadano a la Administración. Esta actúa como garante de un correcto aprovechamiento ambiental, al decidir qué actividades o procesos perjudican el ambiente, al establecer la ponderación de riesgos y utilidades posibles y al concretar las medidas de cuidado a tomar, de modo tal que el potencial agente contaminante puede limitarse a cumplir la normativa prevista sin cuestionarse si le sería posible alcanzar un mayor grado de seguridad en su actuación, aun cuando a menudo quien actúa puede tener mejores conocimientos que la propia Administración.

Con esta forma de accesoriedad se intenta establecer el Derecho penal ambiental desde una vertiente preventiva frente a la lesión de bienes jurídicos, limitando la característica represión penal a los comportamientos que socialmente -desde una concreción administrativa- se constatan como no deseados. Se produce con ello el riesgo de convertir la actuación administrativa en bien jurídico protegido, trasformando la retribución del injusto en un control de comportamientos individuales. Ahora bien, no se trata, como en el modelo anterior, de proteger la normativa administrativa en sí, sino de proteger directamente los recursos ambientales con el fin de dotarles de la relevancia que la conciencia social les atribuye, de proteger un bien jurídico valioso en sí mismo que trasciende la

esfera de las acciones de la Administración pública y que, en este caso, de carácter supraindividual, justifica su amparo en la medida en que condiciona la vida de los individuos. Esta opción legislativa se caracteriza entonces por el esfuerzo en asegurar una tutela penal inmediata de los bienes ecológicos, insertando en el Código penal la descripción de las conductas peligrosas para el ambiente y degradando la inobservancia de las normas y actos administrativos a meros presupuestos de penalidad (Heine, 1993, 295).

Por ello se denomina a este sistema "relativamente" dependiente o accesorio, en cuanto la acción incriminada, junto a la lesión de obligaciones administrativas, debe mostrar al menos una potencial relevancia dañosa en relación al ambiente.

Lo que se entiende merecedor de sanción penal no son las lesiones contra el Derecho administrativo al margen de sus efectos ecológicos, sino las acciones con consecuencias lesivas, al menos potencialmente, para el ambiente, aunque sea necesario para constatar esta lesividad remitirse a la decisión administrativa, que es la que determina los márgenes de actuación individual. En este sentido, la coordinación con el Derecho administrativo se producirá en cuanto la normativa o la decisión que en este sector del ordenamiento se prevea representará o un elemento típico o un elemento de la antijuricidad. Pero como se señalaba anteriormente la ilicitud administrativa será condición necesaria pero no suficiente para la sanción penal, que exigirá un desvalor de acción o de resultado adicional y cualificado (González Guitián, 1991, 121).

### ***3. La técnica legal a emplear en la construcción de los delitos ambientales.***

#### ***A. Formas o modelos en el sistema de accesoriedad relativa.***

Son diversas las formas que esta accesoriedad relativa puede adoptar en la concreción de cada tipo. De ahí la frecuente alusión a la equivocidad del término. Pueden distinguirse la accesoriedad conceptual, la accesoriedad de derecho y la accesoriedad de acto.

En la accesoriedad conceptual, el tipo penal se relaciona con conceptos administrativos mediante elementos normativos típicos.

En la accesoriedad de derecho, el precepto, configurado como tipo en blanco, se remite, explícita o implícitamente, a la normativa administrativa.

En la accesoriedad de acto se produce una dependencia de las actuaciones administrativas individuales, esto es, de los actos de la autoridad administrativa, mediante la remisión de un tipo que también puede considerarse en realidad como norma penal en blanco (De la Cuesta Aguado, 1994, 231). Desde otra perspectiva, sin embargo, en ocasiones se entenderá como accesoriedad de derecho, de norma o material, la adecuación al Derecho material del comportamiento sometido a un acto de la autoridad, utilizando la expresión accesoriedad de acto en sentido estricto o accesoriedad formal cuando lo definitivo para afirmar o negar la relevancia penal de la conducta sea la adecuación a dicho acto, con independencia de cuál sea la normativa administrativa que lo fundamenta y de si el mismo se adecúa o no a ella. Dentro de la accesoriedad de acto, a su vez, pueden existir preceptos en que se incluya el término "no autorizado" o "sin autorización" y preceptos en que se aluda al incumplimiento de un acto administrativo concreto o a la actuación contra una prohibición. Por otra parte, la accesoriedad administrativa de acto puede afectar a la tipicidad o a la antijuricidad, según se considere el acto de la autoridad administrativa como integrante del tipo o únicamente como causa de justificación, lo que en algunos tipos representa objeto de controversia.

Relacionando diferentes modelos, y atendiendo fundamentalmente a la actuación de la autoridad administrativa, suele aludirse también a tres grados de accesoriedad: la más débil, en que la decisión de la autoridad representa una causa de justificación especial y excepcional respecto de una tipicidad que fija autónomamente el Derecho penal para un comportamiento inaceptablemente perjudicial para el ambiente y, por tanto, básicamente prohibido; un segundo grado, en el que la lesión de obligaciones administrativas representa un elemento complementario de la tipicidad objetiva de un comportamiento, en principio lícito, pero necesitado de control administrativo, perteneciendo el injusto administrativo formal y/o material a la materia de prohibición penal; y un tercer grado en que la norma penal sólo prescribe la observación de determinadas decisiones de las autoridades administrativas, con lo que objeto del tipo delictivo es exclusivamente el injusto administrativo formal, lo que remite a la accesoriedad o dependencia absoluta a que se aludía en el epígrafe precedente.

Sobre estas distinciones, confusas a veces y no siempre entendidas de forma unitaria, sintética y atinadamente DE LA CUESTA AGUADO ha señalado que en ocasiones se entremezclan dos órdenes de criterios: por un lado, el grado de vinculación del Derecho penal con el Derecho administrativo (dependencia absoluta o relativa) y, por otro, la concreta técnica legal utilizada (ley penal en blanco, asunción de términos de origen administrativo, etc). La diferencia, como ella señala, estriba en que, mientras la primera clasificación afecta a la propia concepción de la función del Derecho penal, la segunda queda restringida a la utilización de unas concretas técnicas legales que no son exclusivas, por otra parte, del Derecho penal del ambiente (De la Cuesta Aguado, 1994, 231).

#### *B. Especial referencia a la accesoriedad de derecho y la problemática de las leyes penales en blanco.*

Como se ha indicado, con esta técnica de tipificación el precepto penal completa su contenido, parcialmente, a través de normas de Derecho administrativo y la violación de esta normativa -injusto administrativo-, como elemento normalmente adicional del tipo objetivo, constituye materia de prohibición penal. Estamos ante lo que se conoce como normas penales en blanco. Es el caso del art. 325 Cp, en la medida en que exige una contravención que remite a la normativa ambiental extra-penal para delimitar el supuesto típico. Su admisión como técnica de tipificación deriva de la idea de unidad del ordenamiento jurídico que impide al Derecho penal calificar como perjudicial lo que administrativamente se considera permitido. De otro lado, facilita la rápida adecuación de la intervención penal a una realidad en constante variación por los vertiginosos cambios económicos, técnicos y científicos que se producen en esta materia.

Lo que requiere la aceptación de esta modalidad de accesoriedad, en aras de una cierta eficacia, es la existencia de una normativa administrativa clara y adecuada para salvaguardar la protección que penalmente se pretende. Y en este sentido, el Derecho penal ambiental será tan bueno como lo sea el Derecho administrativo ambiental. Pero, al margen de ello, la principal cuestión que suscita esta técnica es la que con carácter general y no privativo de la protección ambiental se plantea sobre la admisibilidad en Derecho penal de las leyes en blanco.

La norma penal en blanco no contiene una delimitación cerrada del supuesto de hecho típico, sino que representa una norma incompleta de contenido preceptivo que ha de ser llenado por otra instancia legislativa o reglamentaria.

La expresión puede entenderse en sentido amplio, abarcando a toda norma en la que exista una remisión a otro precepto, aun cuando sea de igual rango. Las principales objeciones, sin embargo, se plantean respecto a la norma en blanco en sentido estricto, en que la determinación de la conducta antinormativa queda encomendada a una disposición de rango inferior a la ley penal. Como señala BACIGALUPO las opiniones se dividen en torno a si el concepto de ley penal en blanco puede alcanzar a todos los supuestos en que el legislador recurre a la técnica de la remisión. Sin embargo, como él mismo subraya, ello no parece tener especial trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con tal discusión. El problema estará en los preceptos que se remiten a normas de rango inferior, por la quiebra que puede producirse del principio de legalidad en sus diversos aspectos (Bacigalupo, 1994, 449).

En relación con la regulación española, la inexistencia durante largo tiempo de una doctrina asentada del Tribunal supremo sobre las remisiones a los reglamentos para la configuración de ilícitos penales ha permitido que coexistan en nuestra doctrina tesis favorables y contrarias a su adecuación constitucional.

Un sector amplio de la doctrina ha cuestionado la admisibilidad jurídica de los tipos en blanco en cuanto que, como leyes necesitadas de complemento, posibilitan que la Administración, mediante disposiciones de inferior rango al exigido por el principio de legalidad, decida cuándo una determinada conducta se convierte en punible. El principio de legalidad, para estos autores, veta la remisión normativa.

Sobre la considerada dimensión política del principio de legalidad se alega que, además, la utilización de un instrumento normativo que no procede del órgano legislativo compuesto por los representantes populares supone no sólo una vulneración del principio de reserva de ley orgánica para la materia penal, sino también una infracción de otros postulados fundamentales del Estado de derecho, como son el principio de división de poderes y el principio democrático. Ahora bien, como

señala BACIGALUPO, la ley penal en blanco adquirirá significación constitucional cuando la norma complementadora provenga de una instancia que carece de competencias penales. No cuando la autoridad que sanciona la prohibición o el mandato de acción complementario tiene competencia penal, pues entonces no habría más problemas que los propios de la remisión, en relación con el conocimiento de las normas (Bacigalupo, 1994, 450). Por otra parte, si es cierto que la problemática de las leyes penales en blanco se sitúa en la línea de tensión entre el legislativo y el ejecutivo, esta perspectiva varía también desde el momento en que en el ordenamiento español se contemplan dos clases de leyes, orgánicas y ordinarias (Casabó, 1982, 254).

Las leyes penales en blanco, en sentido amplio o estricto, también despiertan objeciones en relación con otro aspecto del principio de legalidad, el que se refiere a su dimensión de garantía de la seguridad jurídica. En relación con el mandato de determinación se ha alegado que las normas que no contienen la descripción completa del presupuesto de hecho dificultan la certeza de la norma y, con ello, el conocimiento de la prohibición por parte de sus destinatarios.

Por último, en relación con el principio de igualdad, se ha estimado que con esta técnica las Comunidades Autónomas pueden asumir por vía indirecta competencias en la incriminación de las conductas punibles, vulnerando el principio de uniformidad de la legislación penal. Señala MESTRE, en este sentido, que la creación de figuras delictivas de ámbito de aplicación exclusivamente territorial y subestatal carece de cobertura constitucional, puesto que si bien la norma fundamental no consagra expresamente el citado principio de uniformidad, éste se deduce del principio de igualdad y más concretamente del de uniformidad de las condiciones de vida (Mestre, 1988, 519).

Estas tesis, sin embargo, no han sido compartidas por una doctrina mayoritaria que ha insistido en que la intervención de la Administración en la configuración de los tipos penales se debe no a la fuerza expansiva del poder ejecutivo en detrimento del legislativo, sino precisamente a una autorización que éste otorga a aquél, en ejercicio de la soberanía popular que encarna. De ahí que se acepte la constitucionalidad de los preceptos del Código penal que defieren a los reglamentos la concreción de los supuestos de hecho sancionados en ellos, aludiendo a la doctrina del complemento indispensable, a la necesidad de realizar regulaciones técnicas impropias de una norma penal o a la inadecuación del procedimiento parlamentario para la continua actualización normativa de algunas materias. Se aduce además que las leyes en blanco ofrecen una perfecta instrumentalidad a la hora de delimitar el ámbito de lo lícito, pudiendo ofrecer su descripción la misma certeza y seguridad que otras en las que no existen elementos normativos.

En efecto, la complementación es admisible siempre que las características de la materia lo hagan necesario y, en todo caso, se respeten los límites materiales de una reserva de ley orgánica que no debiera cuestionarse, esto es, siempre que la ley penal contenga el núcleo del tipo y fije los límites de una remisión que no suponga -por su indeterminación- una deslegalización efectiva. En opinión de MESTRE es esta última perspectiva, la de los límites materiales de la reserva de ley la que constituye el auténtico problema de la ley en blanco, que habría de considerarse inconstitucional cuando, en general, no se ponga ningún límite material a la norma que determine el ilícito penal (Mestre, 1988, 516).

Ha de reconocerse que en la regulación de materias complejas en las que es esencial una actuación positiva de los poderes públicos, básicamente preventiva, la remisión a normas específicas de rango inferior puede ayudar a cerrar el tipo adaptándolo a los distintos intereses en juego y, por tanto, redundar en una mayor certeza (Bustos, 1991, 105). Para ello se precisará, obviamente, que la ley penal contenga los elementos fundamentales de la tipificación, delegando únicamente a la normativa de remisión aspectos complementarios.

En este sentido, se distingue entre la remisión interpretativa y la remisión en bloque, que delega a la norma extrapenal el establecimiento de uno de los elementos del tipo de injusto, técnica legislativa que GARCIA ARAN señala como claramente vulneratoria del principio de legalidad, por cuanto la decisión incriminadora básica no permanece en manos del legislador penal. Esta remisión en bloque, que esta autora define como "aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico" implica a su juicio sancionar penalmente la desobediencia a la norma administrativa (García Arán, 1993, 71). En línea de argumentación similar y ya en alusión específica a la problemática ambiental, PRATS ha rechazado la inconstitucionalidad de la ley en blanco salvo que el precepto penal sea completamente indeterminado, viéndose así lesionado en su doble aspecto, legalidad y taxatividad, o que se deje en manos de la autoridad administrativa o fuente subordinada a

la ley la posibilidad de fijar autónomamente la sanción penal para un cierto tipo de conductas. Sí le parece acertado aceptar, sin embargo, que la norma administrativa pueda configurarse como elemento normativo que integra la descripción del hecho típico, siempre que sea el propio Derecho penal el que determine el injusto típico (Prats, 1991, 64), técnica que no duda en calificar como imprescindible en aquellos campos en los que existe una íntima vinculación entre prevención o sanción administrativa y Derecho penal, considerando la protección ambiental paradigmática en este sentido (Prats, 1995, 34).

Es en definitiva la conocida tesis de BRICOLA, para quien la técnica de remisión sería admisible si se circunscribe "a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer dejando a la fuente secundaria tan sólo la enunciación técnica, detallada, y la puesta al día de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor". Analizando esta tesis, señala ARROYO que aceptada la calificación de la materia penal como materia de reserva de ley orgánica -y, por tanto, de reserva absoluta- el problema está en determinar los límites de lo absoluto. Y aunque admite que el resultado de toda la polémica es la volatilización del propio concepto de reserva absoluta, con la correlativa puesta en peligro del principio garantista, entiende que las limitaciones de dicha reserva en ocasiones parecen sumamente razonables. Con BRICOLA, considera que el reenvío compatible con tal reserva de ley habrá de circunscribirse a aquellos casos en que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer, remitiendo al reglamento sólo la enunciación técnica detallada y la puesta al día de los hechos que presentan tal significado de desvalor en base a criterios ya localizables en la ley penal. Ello sólo si es necesario en la materia concreta, y no meramente conveniente, para describir la conducta penalmente prohibida y siempre que se satisfagan las exigencias de certeza (Arroyo, 1983, 30).

La ley penal en blanco muestra que en ocasiones el Derecho penal no puede defender directamente determinados bienes jurídicos, sino que ha de hacerlo a través de normas jurídicas no penales, por lo que adquiere un carácter auxiliar y secundario -garantizador- que debe asumir pues, de lo contrario, se convertiría, como se señalaba, en meramente simbólico y, lo que es peor, en jurídicamente inseguro (Sánchez-Migallón, 1986, 350). Como indica BUSTOS no basta con expresar conceptualmente la existencia de un bien jurídico, sino que es indispensable su configuración práctica o efectiva. El bien jurídico es una expresión del principio material de limitación a la intervención punitiva del Estado y, por eso, se ha de concebir no como simple entidad conceptual, sino como entidad enclavada realmente en el complejo entramado social; de otra manera, se convierte como él dice en pura superchería y pretexto de intervención punitiva del Estado (Bustos, 1991, 105).

Ello no obsta a que, en todo caso, la norma en blanco haya de contener la descripción del núcleo o esencia de la conducta prohibida, indicando el hecho que considera merecedor de sanción por el desvalor que representa y limitando la norma de remisión a una función exclusivamente técnica de enunciación y actualización de la materia prohibida; actualización que no se conseguiría con una desaparición de la remisión, pues ello únicamente conduciría a una casuística en las leyes penales prácticamente inviable respecto de materias muy fluctuantes cuya dinámica resulta incompatible con el tiempo que exige la actividad parlamentaria (Casabó, 1982, 259). Como indica MORALES, la teoría del complemento indispensable de la ley permite situar al intérprete en el ámbito material del fin de protección de la norma y armonizar las exigencias de seguridad jurídica con la necesidad de satisfacer la continua actualización legislativa a la que se ven sometidas algunas materias cuyas técnicas de tutela son tributarias de la evolución (Morales, 1993, 361).

Por otra parte, en lo que concierne al principio de igualdad, junto a otros argumentos, se ha destacado, en primer lugar, que en el ordenamiento jurídico-penal no ha habido nunca una total uniformidad, destacándose como ejemplo significativo la fórmula de la infracción de reglamentos, elemento típico tradicional de cierta modalidad de imprudencia hoy ya desaparecida, que ha obligado a una remisión a normativas de ámbito frecuentemente inferior al estatal. Y, en segundo lugar, la necesidad de admitir que el propio sistema descentralizador contenido en la Constitución española implica que la existencia de regímenes territoriales diversos no ha de suponer necesariamente una discriminación. Como ha reiterado el Tribunal constitucional es la arbitrariedad -esto es, la ausencia de fundamentación de la diferencia- y no la desigualdad en sí, la que vulnera el principio constitucional. Cabe entender por tanto, que no infringe el principio de igualdad "el hecho de que, dadas las circunstancias diversas que pueden concurrir en las distintas Comunidades autónomas y que motivan una mayor o menor protección extrapenal de determinados intereses, los ciudadanos de unas sean



sancionados por conductas que no serían delictivas en otras" (Silva, 1993, 4).

El Tribunal constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estas diferentes cuestiones en diversas sentencias que han permitido ir extrayendo diversas conclusiones respecto a su postura, resumida por la doctrina en las siguientes afirmaciones: - en materia penal existe una reserva absoluta de ley; - el principio de legalidad de las infracciones es, sin embargo, compatible con la colaboración reglamentaria; - los elementos fundamentales de la tipificación deben estar en la ley penal; - el reglamento, en los límites que fije la ley, ha de estar subordinado a ésta como complemento indispensable, bien por motivos técnicos, bien para optimizar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la Constitución o por la propia ley. En tales casos no se vulneraría el principio de legalidad en sus diferentes manifestaciones (Mestre, 1988, 512). Han de destacarse expresamente, en relación con nuestra materia, la STc 127/1990, de 5 de julio, repetidamente citada por la doctrina española, y, posteriormente, la STc 62/1994, de 2 de febrero. En ambas se admite la viabilidad de la norma penal en blanco, aceptando la constitucionalidad del art. 347 bis, cuando el reenvío normativo es expreso y está justificado en razón al bien jurídico protegido por la norma penal, la ley penal contiene el núcleo esencial de la prohibición y se satisface la exigencia de certeza o se da la suficiente concreción y resulta salvaguardada la función de garantía del tipo.

En relación con la concreta formulación del derogado art. 347 bis Cp, MESTRE ha señalado que el hecho de que las normas en blanco suponen una grave distorsión de las funciones que el Estado democrático de derecho asigna al Derecho penal resulta evidente si se considera que la sanción penal no se dirige a reprimir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, única justificación material del ejercicio del ius puniendi estatal, sino a respaldar el cumplimiento de un ordenamiento administrativo en cuyo ámbito se encuentran otros bienes cuya protección ha considerado el legislador de menor trascendencia. Si cada tipo penal delimita con claridad el bien jurídico que protege y la agresión al mismo que reprime, el hecho de que esa agresión se haya realizado con respeto o infracción de normas administrativas tiene una relevancia secundaria, de la que no puede depender el ejercicio de la acción protectora propia del ordenamiento penal. Entendía que el art. 347 bis Cp era un ejemplo de ello. Que la conducta se realice contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del ambiente no sólo carece de trascendencia a su juicio para definir la agresión que el legislador considera intolerable a los bienes jurídicos que quiere proteger con esa norma, sino que además su inclusión en el tipo distorsiona gravemente la eficacia de la protección penal (Mestre, 1988, 523).

Desde un punto de vista formal podría entenderse quizás -y ello tanto en relación al art. 347 bis como al nuevo art. 325 Cp- que estamos ante una remisión total a la legislación y reglamentación ambiental que conculca las garantías del principio de legalidad. Pero como de nuevo señala MORALES, en acertado análisis, la alternativa, centrada en la construcción de un tipo penal cerrado completo no parece posible dada la interrelación de conceptos y técnicas de tutela en la esfera ambiental entre Derecho penal y Derecho administrativo. Y nada cambiaría si dicha remisión se sustituyera por la inclusión en el tipo de elementos relativos al deber jurídico -por ejemplo, la expresión indebidamente-, técnica en la que subyace un reenvío implícito (Morales, 1993, 360). Por ello, gran número de autores se han inclinado por considerar adecuada la técnica del artículo, que expresa de forma suficiente el injusto de la conducta ayudando la remisión a precisar los contornos específicos del tipo penal, aunque se reclame una reglamentación administrativa clara y concisa y, en todo caso, una actuación preventiva de otras instancias.

Desde una perspectiva material, atenta al bien jurídico protegido, subraya también MORALES cómo el debate en torno a la ley en blanco es más complejo y obliga a entrar en la esfera de antinormatividad sustancial del precepto. Siguiendo a este autor, resulta imprescindible fijar criterios que permitan seleccionar cualitativamente los elementos que proporciona la legislación ambiental extrapenal, con el fin de precisar cuáles aportan contenidos relevantes para completar el tipo penal, precisamente porque contribuyen a establecer la esfera de antinormatividad penal, criterios que deben estar presentes en la propia ley. Se trata de detectar el contenido indispensable cuya determinación corresponde exclusivamente al Derecho penal con el fin de concretar el desvalor de acción y de resultado que el tipo quiere expresar. La remisión a la legislación extrapenal del antiguo art. 347 bis -su argumentación la entiendo trasladable a la interpretación del vigente art. 325 Cp- se conecta con el desvalor de acción, dado que el de resultado ya viene expresado en la redacción del precepto. Y ello no implica afirmar que constituya núcleo del tipo de injusto, sino únicamente un elemento normativo más. En el contexto legal extrapenal, continúa MORALES, pero desde la perspectiva material del

desvalor subyacente en el tipo penal, podrá establecerse la selección de aquellos elementos normativos que merezcan ser catalogados como complementadores del tipo penal porque aportan algo a la esfera de antinormatividad penal, en cuanto a la peligrosidad objetiva ex ante de la conducta contaminante, y que, por tanto, pasan a configurar el desvalor de acción, que posteriormente habrá de concretarse en un desvalor de resultado efectivo o potencial, pero ya desde una perspectiva ex post. Pero importante en todo caso es vincular la remisión normativa al juicio de desvalor subyacente en el tipo (Morales, 1993, 361).

Como concluye este autor, la interpretación teleológica de los preceptos penales, en atención al bien jurídico protegido, orienta dicha interpretación de acuerdo con el fin de protección de la norma. El bien jurídico, en el juicio de antijuridicidad, es un prius con relación al tipo penal, pero a su vez también es un posterius, en el sentido de que la propia tipicidad penal en cada supuesto nos proporciona pistas sobre el ámbito de protección que subyace en el precepto. Con relación al art. 347 bis Cp la referencia típica al peligro que debe crear la conducta contaminante permite establecer desde el propio tipo penal criterios de interpretación -atentos al principio de lesividad- con el fin de seleccionar la normativa integradora que aporta cualitativamente algo al tipo de injusto. Por ello no toda infracción de lo dispuesto en la legislación protectora del ambiente debe ser relevante a los efectos de integración del tipo básico presente en la norma penal (Morales, 1993, 367). Opinión a la que debería añadirse, a la inversa, y como señala la STs de 30 de noviembre de 1990, que la sumisión a la legalidad de la actuación administrativa tiene un límite insuperable en la exigencia constitucional de respetar el ambiente como obligación que compete a todos los poderes públicos, lo que cuestionaría una autorización -aun con rango de ley- de inmisiones o vertidos en límites peligrosos e inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico.

A modo de conclusión, conforme ha expresado reiteradamente RODRIGUEZ RAMOS, la accesoriedad del Derecho penal ambiental respecto del Derecho administrativo, necesariamente expresada mediante la técnica de ley en blanco, es el único recurso existente para proteger el ambiente si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídica y dado su carácter prevalentemente auxiliar o indirecto. Como señalaba la Exposición de motivos del Proyecto de reforma del Código penal de 1992, el legislador tiene que aceptar la realidad de que las infinitas posibilidades de dañar el ambiente, unidas a la certeza de que casi todo lo daña en mayor o menor medida, hace imposible prescindir de las normas administrativas que ejercen la función preventiva en el ejercicio de cada actividad, pues esas normas delimitan el marco de lo permitido. Similares argumentaciones se formulan respecto de otros ordenamientos y los Tribunales constitucionales en Italia, Estados Unidos o Alemania también han dado ya luz verde al legislador no penal para completar la incriminación penal, en atención a la amenaza ecológica y al permanente y complicado cambio técnico y social que está detrás de la materia regulada. Lo que habrá de exigirse es que los tipos penales describan expresamente las conductas que puedan resultar delictivas, la materia de prohibición, de manera que el postulado fundamental de taxatividad de la ley penal se satisfaga, definiendo, con el mayor alcance posible, los requisitos de responsabilidad, aunque los detalles concretos se releguen a las leyes, decretos o actos administrativos, a los que se haga directa o indirectamente referencia en la disposición penal.

#### ***4. La tutela prevista en el art. 325 del Código penal vigente.***

Dentro del articulado que el Título XVI dedica en el nuevo Código penal a la tutela del medio ambiente, el actual art. 325 Cp, sucesor de un art. 347 bis que tipificaba lo que se denominaba delito ecológico, acoge en su redacción la exigencia de una contravención a las "leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente" para sancionar la realización de las "emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos" que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, objeto de prohibición penal. Encuadrado en un Título ahora ya específicamente dedicado a los delitos contra el medio ambiente -además de a los delitos contra el patrimonio histórico y la ordenación del territorio-, el art. 325 Cp se independiza de los preceptos que protegen la salud pública, lo que reafirma su carácter sustantivo, ampliando, en relación con el antiguo art. 347 bis, tanto el objeto material susceptible de protección como el núcleo de la acción típica. Recoge, sin embargo, tanto su contenido básico como, en lo que ahora nos interesa, su estructura o configuración típica (López-Cerón, 1996,

593). El nuevo texto de 1995 varía, no obstante, la redacción del Código derogado que aludía únicamente a la contravención de leyes o reglamentos protectores del ambiente, dando cabida, ahora ya explícitamente, a disposiciones tanto de rango inferior como de rango superior (Pérez de Gregorio, 1996, 2), lo que remite a la normativa comunitaria.

Estamos ante una ley en blanco en sentido estricto, si bien el papel que puede cumplir la normativa ambiental al complementar la ley penal es exclusivamente técnico, como instrumento de enunciación y actualización de los hechos que la norma penal considera merecedores de sanción por el desvalor que conllevan. De lo contrario, como ya se ha indicado, se podría confiar al poder ejecutivo una labor auténticamente delimitadora del tipo penal. De ahí que no baste con infringir las leyes u otras disposiciones protectoras del ambiente, sino que sea necesario además una situación de peligro, comprobada en la instancia penal. De este modo la normativa administrativa no establece el objeto de la prohibición, sino que fija únicamente el ilícito administrativo al que añadir el plus que lo transforma en ilícito penal (Mateos, 1992, 261).

La exigencia de esta contravención determina una accesoriedad administrativa que obliga a entrar en contacto con la regulación administrativa de cada sector (De la Cuesta Arzamendi, 1994, 190). Una de las cuestiones sobre las que se ha debatido en torno a la interpretación de esta exigencia del texto legal, motivada por la ausencia de la Ley general del ambiente que reclama reiteradamente la doctrina, es la de determinar a qué normativa ha de hacer referencia la contravención como presupuesto típico del delito. El Código, al precisar que las emisiones, vertidos, etc., han de ser realizados en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas, circunscribe el ámbito de las disposiciones extrapenales a tener en cuenta. No obstante, la movilidad en esta esfera administrativa es tan importante que resulta difícil concretar los preceptos cuya infracción es imprescindible para que nazca la responsabilidad penal de concurrir el resto de requisitos del tipo.

Un sector de la doctrina entiende que, por razones de certeza, la contravención se refiere a la de la normativa que tiene como finalidad específica la protección del ambiente, careciendo de relevancia penal las infracciones administrativas de normas que aun incidiendo en el ambiente tengan una finalidad distinta. Sin embargo, parece más correcto atender al bien jurídico penalmente protegido y considerar que la conducta contravencional que lo lesione o ponga en peligro integra la definición del art. 325 Cp, con independencia de cuál sea la rúbrica en que se encuadre el precepto infringido (Terradillos, 1992, 91). Con la redacción del nuevo texto también algún autor plantea la duda de si la alusión al "carácter general" de la normativa infringida se utiliza como oposición a autonómico. Más bien parece, sin embargo, que únicamente se quiere aludir a disposiciones generales y no específicas de un medio o sector ambiental concreto.

En esa normativa, por otra parte, es frecuente que se aluda a la necesidad de obtener una licencia o autorización administrativa como requisito de inicio de actividad, de funcionamiento, etc., con lo que la contravención podrá residir, y eso será lo más frecuente, en la ausencia de su solicitud o en el incumplimiento de los requisitos con que se conceda el permiso (Misol, 1990, 588), de modo tal que se identifique actuación contra la normativa ambiental con actuación contra la obligación de actuación amparada en la existencia de una autorización de la autoridad administrativa, con la problemática que se deriva de ello (De la Mata, 1996, 119 ss.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la contravención, ésta, acertadamente, se considera por la doctrina dominante elemento normativo del tipo y núcleo esencial del injusto. La remisión no es ni una condición objetiva de perseguibilidad ni un elemento normativo formal o accidental, sino que es necesaria para descubrir las condiciones y los volúmenes de las emisiones o vertidos que se quieren prohibir e integrar así la materia de prohibición (De la Cuesta Arzamendi, 1994, 181). Por otra parte, y frente a la tesis que considera este tipo de referencia como un elemento del deber jurídico a ubicar en la antijuricidad, acertadamente señala RODAS que la contravención -él alude al art. 347 bis Cp- es elemento necesario en la descripción típica al delimitar en la prohibición el riesgo permitido dentro del que podrán llevarse a cabo actividades peligrosas para el ambiente sin que se deriven consecuencias penales y es, por tanto, determinante de la conducta típica (Rodas, 1994, 212). La importancia práctica de la discusión repercutirá en cuanto atañe al dolo o a la clase error que pueda sufrirse, pues los elementos del deber jurídico, si no cumplen una función descriptiva del hecho, no tendrían que ser abarcados por el dolo del autor (Manzanares, 1994, 11).

Por último, puede ser cuestionable que sólo se considere típico un ataque grave, inminente y sustancial contra alguno de los elementos del medio ambiente cuando concurre una conducta

contravencional, teniendo en cuenta que el orden administrativo puede no haber previsto dicha conducta (Polaino, 1993, 877), pero de lege lata, y además correctamente desde el prisma de la accesoriedad, la norma exige dicha infracción, que obliga a aceptar la atipicidad de la conducta, en relación con el art. 325 Cp, cuando el ilícito administrativo no se produzca, sin que ello implique necesariamente establecer valoración alguna sobre el carácter del bien tutelado, que debe seguir considerándose sustantivo y vinculado a la protección directa del ambiente.

### **III. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LA PROTECCION PENAL DEL AMBIENTE.**

En este contexto, y con la asunción por parte del legislador penal español de la técnica de la ley penal en blanco para tutelar el ambiente, acudiendo además a una descripción típica en la que la remisión se establece de un modo abierto, exigiendo únicamente la contravención de "disposiciones protectoras del medio ambiente", la normativa comunitaria va a incidir en la tutela penal prevista mediante la complementación del art. 325 -o, en su caso, de los arts. 328, 330 y 332 a 336 Cp-. Es lo que ocurre, en general, con todas las materias que entran en el poder normativo de los órganos de las Unión, como el medio ambiente, y su protección penal se articula mediante técnicas que destacan la accesoriedad de dicha protección (Mateos, 1995, 959), supuesto frecuente en el ámbito del Derecho penal económico en sentido amplio.

Por otra parte, la adhesión de España a las Comunidades ha supuesto una reactivación de acciones internacionales para la protección del medio ambiente. Es cierto que la problemática ambiental, como señala RODRIGUEZ RAMOS, no interesó a la Comunidad en un primer momento de modo directo, sino en cuanto repercutía en la libre competencia en el mercado de mercancías y servicios, al tener que imputar los gastos que generaba la protección del ambiente (filtros, depuradoras, cambio de combustible, etc.) bien al costo del producto y a su precio final -al consumidor, en definitiva- bien a los poderes públicos que costeaban tales gastos; con esta opción, como indica este autor, se planteaba la existencia de subvenciones que, de llegar a abaratar los precios más allá de los correspondientes a los de quienes los imputaban al costo de los mismos, incidían en esa libre competencia (Rodríguez Ramos, 1987, 50).

Pero la hoy Unión europea ha ido superando a través de los diferentes Programas desarrollados desde el 22 de noviembre de 1973 las lagunas existentes en los Tratados fundacionales, proceso que se inicia con la Reunión de París de 1972, donde se establece como filosofía que el desarrollo económico no es un fin en sí, sino un instrumento para mejorar la calidad y el nivel de vida, y que culmina con la declaración de la política medioambiental como "un componente de las demás políticas de la Comunidad" en el Acta Unica Europea; ésta, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 (instrumento de ratificación de 9 de diciembre de 1986, BOE de 3 de julio de 1987), permitió la adición al Tratado constitutivo de la CE del hoy Título XVI, bajo la rúbrica Medio Ambiente, cuyos arts. 130 R a 130 T establecen como política de la Comunidad "la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente".

En estos artículos, además, se alude a una labor de armonización, que llevada a cabo por el instrumento tradicional de actuación comunitaria en este campo, la directiva, será la vía de incidencia positiva en las legislaciones estatales. Significativa fue en su momento la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades europeas, donde aparece un primer inventario de normas internas a reformar y de normas comunitarias a trasponer. En el caso concreto de la legislación española esa incidencia positiva tiene lugar, como se ha señalado, a través de la integración de la normativa en blanco en que se plasma la tutela penal. A este respecto, no ha de recurrirse a la técnica de la asimilación, como ha ocurrido con el art. 209 A del Tratado constitutivo de la CE para la protección de los intereses financieros de la Comunidad, pues el medio ambiente es un interés ya tutelado por los Estados miembros, sin necesidad de que lo imponga la Unión y aun cuando ésta hoy en día lo asuma como interés compartido. Sí existen supuestos en que determinados reglamentos, por vía análoga a la de la asimilación, tratan de garantizar una tutela ambiental suficientemente eficaz. Así, por ejemplo, el Reglamento del Consejo nº 3626/82 de 3 de diciembre sobre la aplicación por la CE del Convenio de Washington relativo al Comercio internacional de especies de fauna y flora en peligro, que, sin

establecer sanciones, obliga a los miembros a adoptar las disposiciones legales pertinentes para sancionar las infracciones en él contempladas (Vercher, 1994, 239). Pero, insisto, se trata de un interés compartido, suficientemente tutelado, al menos en la actualidad, en el ordenamiento penal español que, en su caso, lo que puede requerir son medidas armonizadoras.

Es cierto, no obstante, y como señala MATEOS, que si se tutela el ambiente de acuerdo con la regulación comunitaria que se establece en reglamentos y directivas, y al no poder indicar estos instrumentos el carácter de la sanción con que debe conminarse la infracción a lo dispuesto en ellos, la solución del Derecho interno no es del todo satisfactoria en cuanto no se logra una uniformidad plena respecto a las previsiones adoptadas en cada ordenamiento, máxime cuando la tutela penal del ambiente tiene un carácter auxiliar que conlleva una importante actuación del Derecho administrativo. Como este autor subraya, piénsese en lo que los diferentes ordenamientos internos pueden diferir a la hora de valorar si determinadas normativas comunitarias que fijen valores límite de emisión de una sustancia merecen el auxilio coercitivo de la ley penal o basta con sanciones de otro tipo (Mateos, 1992, 69). Con todo, estamos ante la técnica más respetuosa con el principio de legalidad y, sin duda, con la más factible en la tutela de un ámbito en el, como digo, tan estrechas se presentan las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo.

Como antes se indicaba, la redacción dada al art. 325 por el Código penal permite ahora dar entrada como norma de complemento a "cualquier disposición de carácter general protectora del ambiente"; claramente tendrán esa función las directivas y reglamentos de la Unión europea, en un caso mediante su trasposición a la normativa interna en el desarrollo ejecutivo que se prevea y, en otro, mediante su efectividad y aplicabilidad directas. A ello no puede oponerse reparos, desde la idea de legalidad, dado, como suele señalarse, que la adhesión española a los Tratados constitutivos se produjo al amparo de un precepto constitucional (Colás, 1992, 223). Expresamente, por ejemplo, y por citar una sentencia significativa, la STs de 26 de septiembre de 1994, en sus Fundamentos Cuarto y Quinto sanciona al procesado que actuó "desconociendo la normativa administrativa aplicable al tipo enjuiciado: el artículo 9 de la Directiva Comunitaria 78/319 CEE de 20 de marzo de 1978 sobre Residuos Tóxicos y Peligrosos, de aplicación directa en España con arreglo al art. 189 del Tratado de Roma [...] así como los artículos 3.1º y 7.2º de la Directiva Comunitaria 76/464 CEE de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación por determinadas sustancias tóxicas vertidas en el medio acuático de la CEE". Sin perjuicio de que posteriormente podamos entender la afirmación del Tribunal sobre la aplicación directa de la citada normativa, ha de volverse a reiterar que el Derecho comunitario tiene una clara prevalencia, como antes se indicaba, en base al principio de primacía, y ello sin perjuicio de que los Estados sean competentes para el mantenimiento y adopción de medidas de mayor protección (art. 130 T del Tratado constitutivo de la CE), conforme a la idea de armonizar sobre el mínimo posible.

En base a ello, y ciertamente no será lo frecuente, en cuanto al efecto negativo de la normativa comunitaria a que se aludía al inicio de la exposición, éste impedirá aplicar el precepto penal, pero no, como ocurre con carácter general, cuando se oponga a un principio derivado de dicha normativa, sino -y al utilizarse la técnica de la ley en blanco- cuando dicho precepto aparezca integrado por un instrumento comunitario dotado de efecto directo, que prima sobre la regulación interna extra-penal y que, en consecuencia, posterga ésta en la complementación de aquél si ambas sean contradictorias y de imposible compatibilidad. Hay que entender, por supuesto, que si la norma comunitaria es menos permisiva que la normativa interna el precepto penal no dejará de aplicarse, en tanto que si es más permisivo si obligará a prescindir de él. En este sentido, la técnica de la ley penal en blanco permite una incidencia positiva y negativa de la normativa comunitaria, al mismo tiempo.

No plantea mayores problemas la aceptación de la directiva traspuesta como elemento de integración, en cuanto se incorpora al ordenamiento estatal en la normativa extra-penal interna que sirve de complemento al precepto penal. En cuanto a la integración del precepto penal mediante un reglamento comunitario -poco frecuente, al ser instrumento destinado a cuestiones administrativas y financieras-, que no requiere trasposición interna, nada hay que objetar tampoco a que en base a él se agrave o determine, cumplidos el resto de requisitos típicos del art. 325 Cp, la responsabilidad penal de un emisor particular. Frente a la argumentación de que ello pueda quebrar el principio de legalidad al tratarse de una norma no emanada del poder legislativo estatal, ha de oponerse el hecho de que el reglamento comunitario, como la normativa interna extra-penal complementan únicamente un precepto respecto del cual el Tribunal constitucional ya se ha pronunciado aceptando la técnica

empleada por el legislador. Otra cuestión sería que la ley penal no contuviera el núcleo esencial de la prohibición penal y el reglamento comunitario, o no comunitario, se extendiera más allá del complemento indispensable.

El problema se plantea cuando una directiva no se trasponga o se haga parcial o incorrectamente y se carezca, por tanto, de la legislación interna que debería haberla incorporado. En principio, y como antes se señalaba, su posible aplicación exigiría que tuviera efecto directo, lo que en el campo ambiental, y a tenor de los requisitos de claridad, certeza y plenitud reclamados para ello, supone analizar individualmente cada directiva, aun cuando con carácter general algún autor haya establecido que producirán tal efecto las que fijan valores límites, valores máximos o concentraciones máximas de sustancias en un medio ambiental o en otra sustancia o producto, las que prohíben determinadas actividades o la utilización de determinados productos y las que establecen que las personas o grupos de población afectados deben ser informados u oídos (Vercher, 1989, 775, citando a Krämer). Sería necesario, además, que hubiera transcurrido el plazo otorgado al Estado para la trasposición. Y, con todo, como señala MATEOS, la concurrencia de estos requisitos no es suficiente en Derecho penal, por la naturaleza sancionadora de éste y por la imposibilidad de reconocer dicho efecto directo en sentido horizontal (Mateos, 1995, 959) o, con otra terminología -y en aquello a lo que él se refiere-, en sentido vertical inverso.

En principio, la doctrina es unánime al aceptar que la directiva no traspuesta deberá aplicarse en sustitución de la normativa interna cuya violación sirva de base para imponer una sanción penal si de dicha aplicación se deriva la irresponsabilidad penal del sujeto que, de acuerdo con la normativa interna aun no modificada por el Estado miembro, debería ser sancionado penalmente. Es la postura que adopta el Tribunal de Justicia de la CE con la sentencia citada sobre el asunto "Ratti": "después del vencimiento del plazo establecido para la actuación de una directiva, los Estados miembros no pueden aplicar la propia normativa nacional no adecuada todavía a esta última -ni aun cuando vengan establecidas sanciones penales- a quien se haya adecuado a las disposiciones de la directiva" (Mateos, 1995, 960). El problema se plantea, no obstante, en base a que la normativa comunitaria sí permite que los Estados miembros prevean medidas de mayor protección que las que se adopten en base al art. 130 S del Tratado constitutivo de la CE (art. 130 T). Ahora bien, como el propio art. 130 T señala, ello sólo será posible cuando sean compatibles con el Tratado. En este sentido, el Estado habría de proceder a la incorporación de la directiva de que se trate, en su caso, compatibilizando ésta con un mayor desarrollo ejecutivo o incluso, incrementando desde los mínimos previstos comunitariamente, los baremos de exigencia de responsabilidad penal. Pero lo que no podrá el Estado es, prescindiendo de una directiva comunitaria menos exigente -supuesto ciertamente poco probable-, aplicar la normativa interna.

Sin embargo, en el caso de que la directiva comunitaria no traspuesta restrinja la libertad del individuo, al ser más exigente que la normativa estatal existente, es mayoritaria la doctrina que entiende, a mi juicio acertadamente, que dicha directiva no puede fundamentar o agravar la responsabilidad penal. Será frecuente, como señala MATEOS, que las disposiciones comunitarias, por ejemplo, reduzcan los niveles de emisión permitidos de determinadas sustancias a la atmósfera o de vertidos a las aguas marítimas o terrestres. En estos casos no cabe que la directiva no actuada integre el precepto penal en perjuicio del particular que, de acuerdo con la normativa estatal no modificada, no podría ser sancionado penalmente (Mateos, 1995, 961; también, entre otros, Mestre, 1989, 583; Nieto 1996, 261; o Rodríguez Ramos, 1987, 47).

Decisiva a este respecto fue la sentencia recaída en el asunto ya reseñado "Pretore di Salò". En ella se resuelve una cuestión prejudicial planteada en un procedimiento penal relativo a la muerte masiva de peces en el río Chiese por contaminación de las aguas, negando efecto horizontal a la Directiva 78/659 -referente a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces- no incorporada al ordenamiento interno italiano y descartando que de ella puedan derivarse obligaciones a cargo de los particulares, argumento en el que, como también antes se apuntaba, insiste desde otra vertiente la sentencia sobre el asunto "Kolpinghuis Nijmegen", al negar que el denominado efecto interpretativo de las directivas, o efecto indirecto, pueda dar lugar a una interpretación contraria a las leyes estatales. Esto es, de las directivas dotadas de efecto directo se derivan obligaciones para los Estados miembros pero no para los particulares.

En relación con esta sentencia, que explicita el sentido del efecto indirecto de las directivas, es cierto que admite la posibilidad de interpretar las leyes estatales en función de una directiva no

actuada, pero sin que ello implique admitir una interpretación contraria a las leyes estatales o, como varios autores han señalado, contraria al principio de legalidad -seguridad jurídica y no retroactividad-. El propio Tribunal señala que debe excluirse "la posibilidad de que la directiva no actuada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo de la interpretación de preexistentes disposiciones incriminadoras". VERCHER, en base a la jurisprudencia sentada en esta sentencia y en la recaída en el asunto "Marleasing", entiende que el Tribunal estatal debe interpretar el ordenamiento interno a la luz de la letra y la finalidad de las Directivas no actuadas, incluso entre particulares, considerando que estas sentencias de "manera sibilina" permiten el efecto directo horizontal. Y ello no significa, a su juicio, que la responsabilidad en que un sujeto pueda incurrir a tenor de dicha interpretación venga determinada o agravada por la directiva, pues es la norma principal -el art. 325 Cp- la que directamente establece esa responsabilidad (Vercher, 1994, 236 ss., y 1995, 1 ss.).

Efectivamente puede ocurrir que si se interpreta un determinado tipo penal de acuerdo con la directiva no traspuesta -esté o no dotada de efecto directo vertical en sentido propio; por ejemplo, cuando no sea suficientemente clara o cuando permita al legislador interno un margen de desarrollo- una conducta que sería atípica conforme a la normativa interna vigente resulte punible. Pero, en mi opinión, una cuestión es que la normativa interna pueda y deba ser interpretada a la luz de la normativa comunitaria -incluyendo las directivas no actuadas-, incluso en las relaciones entre particulares, aceptando el efecto horizontal de tales directivas, y otra muy distinta, que choqua con el respeto inquebrantable al principio de legalidad que ha de imperar en la aplicación del Derecho penal, que quepa determinar la responsabilidad penal mediante un instrumento que no forma parte de la normativa interna que concreta el ámbito de dicha responsabilidad y en una interpretación analógica contraria al reo y no meramente complementadora o conforme con el ámbito, sentido y fin de protección del precepto, tal y como aparece configurado con la normativa vigente. Del art. 5 del Tratado de la CE, que es el que justifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no puede deducirse dicha posibilidad. El efecto directo de la normativa comunitaria sí es definitivo para aplicar el ordenamiento penal, pero no lo es el efecto indirecto, que únicamente permitirá la consideración por el juzgador, sin consecuencias criminalizadoras, de los instrumentos sin eficacia directa.

En definitiva, lo que debe tenerse en cuenta para interpretar el Derecho interno es la directiva sin efecto directo, si de sus disposiciones puede derivarse la impunidad de la conducta realizada por el procesado, y eso es lo que admiten la sentencias del Tribunal de Justicia citadas, así como, en general, la interpretación global del Derecho comunitario, cuando una directiva haya sido incorrectamente ejecutada o no haya transcurrido todavía el plazo para su adaptación, siempre, también, que ello pueda motivar la atipicidad de la conducta enjuiciada (Nieto, 1995, 147 ss.).

Por último, hay que señalar que con las ventajas e inconvenientes que genera la técnica de la ley en blanco y aun incuestionada su constitucionalidad desde la idea del "complemento indispensable", una normativa comunitaria que no aparezca incorporada al ordenamiento interno de un modo absolutamente acorde con el principio de certeza y determinación abre sin duda la puerta a la figura del error, ya de por sí de frecuente alegación en cuantas materias se tutelan a partir del reconocimiento de su accesoriedad para con el Derecho administrativo. De ahí que siendo hoy suficientemente enérgica la tutela que el Código penal español ofrece para garantizar una utilización adecuada de los recursos ambientales, la eficacia de dicha tutela pasa por la correcta regulación administrativa de los diferentes sectores ambientales, adecuando la normativa estatal a las obligaciones comunitarias y garantizando, en todo caso, la correcta actuación de las autoridades administrativas en la aplicación de dichas obligaciones y en el control preventivo de posibles atentados a un ambiente que, con todo, en la actualidad entiendo merece y necesita la intervención del Derecho penal.

## ***BIBLIOGRAFÍA BÁSICA***

ARROYO ZAPATERO, Luis

- "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en Revista de Estudios de Derecho Constitucional, 1983, nº 8, pgs. 9/46.

ASUA BATARRITA, Adela

- "El artículo 209 A del Tratado de Maastricht: el delito de fraude de subvenciones y la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea", en *La Protección de los intereses financieros de la CE después del Tratado de Maastricht*, pgs. 45/72. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gazteiz, 1996.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique
  - "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, 1982, T. V, pgs. 191/213.
  - "Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco", en *Actualidad Penal*, 1994, pgs. 449/54.
- BELTRAN BALLESTER, Enrique
  - "El delito ecológico", en *Poder Judicial*, 1989, nº especial IV (Medio ambiente), pgs. 91/108.
- BLANCO LOZANO, Carlos
  - "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo Código penal de 1995", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, pgs. 705/29.
  - "Artículos 325 y 328: problemas prácticos de aplicación (I y II)", en *La Ley*, 12 y 13 de agosto de 1997, pgs. 1/5 y 1/5.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan
  - "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico del medio ambiente", en *Pena y*, 1991, pgs. 101/9.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl
  - "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales", en *Actualidad penal*, 1997, pgs. 675/717.
- CASABO RUIZ, José Ramón
  - "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, 1982, T. V, pgs. 235/60.
- COLAS TUREGANO, María Asunción
  - "Art. 347 bis. ¿Ruptura con el principio de legalidad?", en *Poder Judicial*, 1992, nº 26, pgs. 213/25.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido
  - "La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes", en *La Ley*, 17 de abril de 1996, pgs. 1/4.
- CUERDA RIEZU, Antonio
  - "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, pgs. 621/35. Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.
- CUERDA RIEZU, Antonio/RUIZ COLOME, María Angeles
  - "La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones (Comentario a la STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 1988)", en *La Ley*, 1989-2, pgs. 349/73.
- DE ANGELIS, Francesco
  - "Armonización del Derecho penal y de las sanciones administrativas en la Unión Europea", en *La Protección de los intereses financieros de la CE después del Tratado de Maastricht*, pgs. 109/32. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria-Gazteiz, 1996.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mª
  - *Respuesta penal al peligro nuclear*. Ed. PPU. Barcelona, 1994.
  - *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1995.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis
  - "La ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, pgs. 651/67.
  - "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)", en *Documentación jurídica*, nº 37/40, 1983, pgs. 877/936.
  - "La tutela penal de las aguas continentales. Especial consideración del delito contra el ambiente: artículo 347 bis CP", en *La calidad de las aguas*, pgs. 171/220. Ed. Civitas. Madrid, 1994.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.
  - *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*. Ed. Cedecs. Barcelona, 1996.
  - "La vinculación penal entre la protección penal del ambiente y la actuación de autoridades y funcionarios públicos", en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 2ª época, nº 4, 1996, pgs. 54/68.
  - "La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el ambiente", en *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*, pgs. 391/406. Ed. IVAP. Vitoria-Gazteiz, 1997.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto
  - *Delitos contra: El Medio Ambiente, Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico, Flora y Fauna. En el Código Penal de 1995*. Ed. Colex. Madrid, 1996.
- DE VICENTE MARTINEZ, Rosario
  - *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*. Ed. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1993.



DIAZ PALOS, Fernando

- "El delito ecológico en la Jurisprudencia", en Actualidad Penal, 1994, pgs. 405/23.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, María Dolores

- "El delito ecológico y la salud pública", en Estudios penales y criminológicos, 1994, T. XVII, pgs. 65/93.

FERRE OLIVE, Juan Carlos

- "Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas", en Estudios de Derecho penal económico, pgs. 275/91. Edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1994 (También en Cuadernos de Política Criminal, 1992, pgs. 811/30).

GALLARDO RUEDA, Alberto

- "Derecho penal y Derecho comunitario", en Cuadernos de Política Criminal, 1984, pgs. 591/9.

GARCIA ARAN, Mercedes

- "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en Estudios penales y criminológicos, 1993, T. XVI, pgs. 63/103.

GOMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen

- "Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental", en La Ley, 10 de julio de 1996, pgs. 1/5.

GONZALEZ GUITIAN, Luis

- "Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente", en Estudios penales y criminológicos, 1991, T. XIV, pgs. 109/35.

GRASO, Giovanni

- Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros. Traducción de Nicolás García Rivas. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha. Bruselas-Luxemburgo, 1993.

HEINE, Günther

- "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente" (traducción de Paz M. de la Cuesta Aguado), en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1993, pgs. 289/315.

LOPEZ-CERON, Cristina

- "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna", en El Nuevo código penal y su aplicación a empresas y profesionales (IV). Vol. 5, pgs. 587/637. Ed. Recoletos. Madrid, 1996.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

- "Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español", en Actualidad Penal, 1994, n° I, pgs. 1/20.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio

- Derecho Penal Económico. Ed. Montecorvo. Madrid, 1987.

MATALLIN EVANGELIO, Angela

- "El significado jurídico penal de la clandestinidad industrial en los delitos contra el medio ambiente", en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1995, pgs. 340/75.

MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, Antonio

- Derecho penal y protección del medio ambiente. Ed. Colex. Madrid, 1992.
- "Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código Penal de 1992", en Jueces para la democracia, 1992, pgs. 98/114.
- "La Unión Europea y su incidencia en los Derechos penales nacionales", en La Ley, 1995-2, pgs. 939/62.

MESTRE DELGADO, Esteban

- "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, pgs. 503/27.
- "El Derecho penal de la Unidad Europea", en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin, pgs. 575/84. Ed. IVAC-KREI. Donostia-San Sebastián, 1989.

MISOL SANCHEZ, Esther

- "Delito ecológico: relaciones administrativo-penales", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, n° 75, pgs. 585/96.

MORALES PRATS, Fermín

- "La técnica de la ley penal en blanco y el papel de la legislación de las comunidades autónomas en el delito ambiental", en Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateos Rodríguez, pgs. 359/68. Ed. Universidad de Cantabria. Santander, 1993.

- "Delito ecológico y modelo ambiental. Técnicas de articulación", en Cuadernos Jurídicos, n° 36, 1995, pgs. 47/52.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo

- "La contaminación del medio ambiente como delito. Su regulación en el Derecho penal español", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1989/92, pgs. 145/61.

NIETO MARTIN, Adán

- "Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1994, nº 666/94 sobre la Sentencia de la AP de Ciudad Real de 29-12-92)", en Actualidad Penal, 1995, pgs. 143/53 (También en Anuario de Derecho Penal, 1994, 395/407).
  - "Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro", en Actualidad Penal, 1995, pgs. 593/635.
  - Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo. Ed. Praxis. Barcelona, 1996.
- PAGLIARO, Antonio
- "Límites a la unificación del Derecho penal europeo" (traducción de Carlos Suárez González), en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, pgs. 689/96. Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.
- PEREZ DE GREGORIO, José Joaquín
- "La agravante de clandestinidad industrial en los delitos contra el medio ambiente", en La Ley, 1993-2, pgs. 910/4.
  - "Jurisprudencia penal medioambiental", en La Ley, 3 de noviembre de 1995, pgs. 1/8.
  - "Los delitos contra el medio ambiente", en La Ley, 23 de febrero de 1996, pgs. 1/5.
  - "Jurisprudencia penal medioambiental (III)", en La Ley, 10 y 11 de julio de 1997, pgs. 1/6 y 1/3.
- PERIS RIERA, Jaime Miquel
- Delitos contra el medio ambiente. Ed. Universidad de Valencia. Valencia, 1984.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel
- "La criminalidad ecológica en la legislación penal española", en Política criminal y reforma penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal), pgs. 855/84. EDESA. Madrid, 1993.
- PORTERO GARCIA, Luis
- "Caracteres del Derecho Penal Comunitario", en Poder Judicial, 1984, nº 11, pgs. 141/50.
- PRATS CANUT, José Miguel
- "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980", en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, T. II, pgs. 743/65. Ed. Bosch. Barcelona, 1983.
  - "Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente", en Jornadas sobre la protección penal del medio ambiente. Madrid 20-21 de octubre de 1990 CODA-AEDENAT, pgs. 47/83. Ed. Agencia de Medio ambiente. Madrid, 1991.
  - "Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental", en Cuadernos Jurídicos, 1995, nº 27, pgs. 32/49.
- RODAS MONSALVE, Julio César
- Protección penal y medio ambiente. Ed. PPU. Barcelona, 1994.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis
- "La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código Penal (arts. 323 a 325 del Proyecto)", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, monográfico nº 3, pgs. 29/38.
  - "Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España", en Estudios penales y criminológicos, T. V, 1982, pgs. 279/316.
  - "Las cuestiones prejudiciales de Derecho Comunitario en el proceso penal (Comentario a la Sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)", en Poder Judicial, nº 8, 1987, pgs. 47/52.
  - "Política criminal y reforma penal. El Anteproyecto de Código penal de 1992. De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente, a la caza y a la pesca", en Política criminal y reforma penal (Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal), pgs. 919/25. EDESA. Madrid, 1993.
- RUIZ VADILLO, Enrique
- "¿Qué puede esperarse razonablemente de un Derecho Penal Europeo Comunitario? (Consideraciones generales)", en Actualidad Penal, 1993, pgs. 507/30.
- SANCHEZ-MIGALLON PARRA, María Victoria
- "El bien jurídico protegido en el delito ecológico", en Cuadernos de Política Criminal, 1986, pgs. 333/50.
- SGUBBI, Filippo
- "Derecho Penal Comunitario" (traducción de Manuel Quintanar Díez), en Cuadernos de Política Criminal, 1996, nº 58, pgs. 89/123.
- SIEBER, Ulrich
- "Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal Económico europeo" (traducción de Silvina Bacigalupo Saggese y Carlos D. Espósito Massicci), en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, pgs. 601/20. Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María
- "¿Competencia 'indirecta' de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?", en La Ley, 1993-1, pgs. 964/82.
  - "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325", en La Ley, 12 y 13 de mayo de 1997, pgs. 1/5 y 1/4.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

- El delito ecológico. Editado por Juan Terradillos Basoco. Ed. Trotta. Madrid, 1992.
- "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", en Estudios Penales y Criminológicos, 1996, T. XIX, pgs. 289/327.
- "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en Derecho penal del medio ambiente, pgs. 35/57. Edición de Juan Terradillos Basoco. Ed. Trotta. Madrid, 1997.

TIEDEMANN, Klaus

- "Teoría y reforma del Derecho penal del ambiente. Estudio de Derecho comparado", en Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, pgs. 137/57. Ed. UPV. Bilbao, 1987.
- "Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente", en Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, pgs. 223/8. Ed. UPV. Bilbao, 1987.
- "Derecho penal económico en la Comunidad Europea" (traducción de Adán Nieto Martín), en Estudios de Derecho penal económico, pgs. 235/54. Edición de Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1994.

VERCHER NOGUERA, Antonio

- "Aplicación de las directivas comunitarias sobre medio ambiente. Jurisprudencia y notas", en Documentación Jurídica, nº 64, 1989, pgs. 731/849.
- "Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente", en La Ley, 1991-2, pgs. 1070/81.
- "Ministerio fiscal y Medio ambiente. Nuevas perspectivas de actuación", en La Ley, 1993-4, pgs. 944/53.
- "La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente", en Actualidad Penal, 1994, pgs. 225/48.
- "Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente", en Actualidad Penal, 1995, pgs. 35/45.
- "Directivas comunitarias y normas penales en blanco", en Actualidad Jurídica Aranzadi, 1996, nº 275, pgs. 1/3.

VERVAELE, John

- "La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario. ¿Hacia un espacio penal europeo?" (traducción de Adela Asua Batarrita), en Cuadernos de Política Criminal, 1991, pgs. 119/38.
- "Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?" (traducción de Joxerramon Bengoetxea), en Revista Vasta de Administración Pública, 1993, nº 37, pgs. 167/205.

## DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESTATAL EN LA TUTELA PENAL DEL AMBIENTE

Norberto De La Mata Barranco

**RESUMEN:** *A pesar de que las Comunidades Europeas no tienen competencia alguna en materia penal sobre sus Estados miembros, sí que tienen una gran influencia en la formación de la regulación positiva debido a la existencia de bienes jurídicos comunitarios cuya protección es necesaria, bien por asimilación (reenvío al ordenamiento interno) bien por armonización de la legislación. Por otra parte, es creciente la convicción de que las actuaciones contaminantes han de reprocharse penalmente, partiendo, eso sí, de la normativa administrativa sobre el tema, aunque no mediante una acción totalmente subordinada a ella sino accesorio a la misma. Uniendo ambos temas, y considerando el art. 325 CP como una norma en blanco, las directivas comunitarias juegan un importante papel a la hora de configurar el delito ecológico.*

**PALABRAS CLAVES:** *Comunidades Europeas, delito ecológico, asimilación, reenvío, armonización, normativa administrativa, norma en blanco, directiva, reglamento, Tratados Comunitarios.*

**FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC:** 7 de agosto de 2000.